Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von
D. Chriſtian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich = Alexanders Univerſität in Erlangen.

Eilften Theils erſte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1 8 0 9.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Lib. X. Tit. II.

Familiae erciscundae.

§. 725.

Begriff der Erbtheilungsklage, und Urſprung derſelben.

Die andere Theilungsklage iſt das *iudicium familiae erciſcundae*, die Erbtheilungs- oder Erbſonderungsklage [1]). Sie iſt diejenige Klage, welche ein Miterbe gegen den andern Miterben, die ſich beyde als ſolche gegenſeitig anerkennen, dahin anſtellt, daß die bisher unter ihnen gemeinſchaftlich geweſene Erbſchaft getheilt werde, und den übrigen aus der bisherigen Verwaltung derſelben herrührenden Forderungen ein Genüge geſchehe. Das Wort *familia* bedeutet alſo hier ſoviel als Erbſchaft, hereditas, im objectiven Sinn für einen Inbegriff von Sachen genommen, welche ein Verſtorbener hinterlaſſen hat, — Nachlaß eines Verſtorbenen.

1) *Io.* VOET de familia erciſcunda liber ſingular. *Colon.* 1615. *Amſt.* 1672. 4. und *Baſiliae* 1760. 8. *Conr. Wilh.* STRECKER Diſſ. de actione familiae erciſcundae. *Erford.* 1739. 4. *Frid. Aug.* MEHL Iudicium familiae erciscundae ex §. 20. I. de act. propoſitum. *Goettingae* 1780. 4. und vorzüglich Ernſt Chriſt. Weſtphals Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. Leipzig 1793. 8.

nen [2]). Das Wort *erciſcere* hingegen kommt her von *erctum* und *ciſcere* oder *ciere* [3]). *Erctum* heißt ein noch ungetheiltes Ganzes, oder wie Jacob Gothofredus [4]) ſagt: indiviſum in ſe coercitum. Denn Feſtus [5]) leitet das Wort von *coercere* ab, welches hier ſoviel als continere, einſchließen, heißt, von dem griechiſchen Worte *ἕρκω* oder *ἑρκίζω*. Daher *ἕρκος* im Griechiſchen ein umzäunter Ort heißt, worin die Alten ihr Vieh einſchloſſen, welches ihr größter Reichthum war. Hiervon alſo das lateiniſche *Erctum* für ein ungetheiltes Gut genommen [6]). Das Wort *ciere*, aus dem Griechiſchen *σχίω*, oder *κίω*, bedeutet eigentlich ſoviel als loco ſuo movere. Weil nun eine Sache, welche zur Theilung kommt, von ihrer Stelle weggebracht wird, ſo hieß *cio*, ſo wie das Griechiſche *σχίζω*, auch ſoviel als divido Alſo *familiam erciſcere*, bedeutet ſoviel, als eine bisher gemeinſchaftlich geweſene, und alſo noch ungetheilte Erbſchaft theilen. Ganz ungegründet iſt es daher, wenn Salmaſius [7]) den Tribonian beſchuldiget, er habe den Namen der Klage, aus Unkunde des alten Sprachgebrauchs verſtümmelt, und das alte ächte

familiae

2) *L.* 195. §. 1. *D. de Verb. Sign. L.* 1. *pr.* L. 2. *D. h. t.*

3) S. *Hug.* GROTII Florum Sparſio ad Ius Iuſtinian. h. t. p. 146. ſq. (edit *Gebauer. Halae* 1729. 8) und *Io. Aug.* ERNESTI Clavis Ciceron. v. *Herciſcere.*

4) Fontes quatuor iuris civ. pag. 207. (edit. *Genev.* 1653. 4. und in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. III. pag. 170.).

5) Voce *Erctum.*

6) S. auch HEINECCII Opuscul. poſtuma de Hiſtoria Edictorum. Ad Edictum perpet. Tit. 45. not. a. pag. 502.

7) Exercitat. Plinian. ad Solinum pag. 891.

familiae ercticiscundae fälſchlich in *familiae erciſcundae* verwandelt. Man muß ſich billig wundern, wie dem großen Philologen die Stelle des Cicero unbekannt ſeyn konnte, welcher in ſeiner Rede für den Cäcinna Cap. 7. ſagt: Aebutius nomine heredis arbitrum *familiae herciſcundae* poſtulavit. Ja eben dieſer Redner ſagt noch an einem andern Orte, *de Orator.* Lib. I. cap. 56. Qui, quibus verbis *herciſci* oporteat, neſcit, idem *herciſcundae familiae* cauſam agere non poteſt. Der Ausdruck *familia erciſcunda* war alſo lange vor Tribonian im Gebrauche, wie auch noch aus mehreren Fragmenten des Ulpians und Paulus in Anton Schultings *Iurisprud. Antejuſtin.* [8]) erhellet.

Die Erbtheilungsklage iſt urſprünglich eine Civilklage, welche ihren Urſprung aus den Geſetzen der zwölf Tafeln herleitet [9]). Cajus ſagt dies ausdrücklich *L.* 1. *pr. D. h. t.*

Haec actio proficiſcitur *a Lege duodecim Tabularum.* Namque coheredibus volentibus a communione diſcedere, neceſſarium videbatur aliquam actionem conſtitui, qua inter eos res hereditariae diſtribuerentur.

8) PAULUS Lib. I. *Sentent. Receptar.* Tit. 18. pag. 257. und ULPIAN *Fragm.* Tit. 19. §. 16. pag. 225.

9) In den Geſetzen der 12 Tafeln kommt Tab. V. bey *Iac.* GOTHOFREDUS in Quat. Fontib. iur. civ. folgende Verordnung vor: *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita ſunto. Caeterarum familiae rerum ercto non cito, ſi volent heredes, erctum citum faciunto: Praetor ad erctum ciendum arbitros tris dato.* Man ſehe über dieſe Stelle auſſer Godefroi noch beſonders *Conr.* RITTERSHUSII Dodecadeltos Cap. 24. und *Io. Nic.* FUNCCII Leges XII. Tabular. ad Tab. V. pag. 243. ſqq.

Der Prätor aber nahm ſie auch in ſein Edict auf, wie aus den Stellen erhellet, die aus des Cajus, **Ulpianus** und **Paulus** Commentaren über das Edict in die Pandecten gekommen ſind. Nicht undeutlich gedenken dieſes Edicts auch die Kaiſer **Sever** und **Antonin**, wenn ſie *L.* 3. *Cod. h. t.* an einen gewiſſen Rufus reſcribiren:

Adverſus coheredes tuos dividundae hereditatis iudicio *ſecundum iuris formam* experire. Iudex datur, ſi quid a coherede etiam tuae portionis ex hereditate ſublatum fuerit probatum, factis adiudicationibus *ſecundum iuris formam* eum tibi condemnabit.

Denn daß der Ausdruck *iuris forma* das Edict des Prätors bezeichne, iſt eine bekannte Wahrheit [10]). Die Worte des Edicts ſelbſt finden ſich zwar nicht in dieſem Titel; allein **Noodt** [11]) hat ſie aus den Fragmenten dieſes Titels der Pandecten mit vieler Wahrſcheinlichkeit auf folgende Art reſtituirt:

Familiae erciſcundae ſi agetur inter coheredes, arbitrum dabo [12]), *ut eius arbitratu res hereditariae ſingu-*

10) HEINECCII Opuſc. poſtuma de hiſtor. Edictor. ad Tit. XLV. not. a. pag. 501.

11) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 237.

12) Des arbitri familiae erciſcundae geſchieht mehrmals in den Fragmenten dieſes Titels Erwähnung. *L.* 43. *L.* 51. *pr. L.* 57. *D. h. t.* Auch in Deutſchland giebt es an verſchiedenen Orten ſogenannte Theilrichter, wie z. B. im Würtembergiſchen, welche von den eigentlichen Richtern ſehr verſchieden ſind. S. *Mich.* GRASSI Diſſ. de arbitris familiae erciſcundae. *Tubingae* 1728. und Lud. Fried. Grieſingers Commentar über das Würtembergiſche Landrecht. 3. Bd. S. 649. Not. p.

ſingulis adiudicentur[13]); *item ſi quid damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine aberit alicui, aut ad eum pervenerit, ut id praeſtetur.*

Inſofern das iudicium familiae erciſcundae auf die Theilung der gemeinſchaftlichen Erbſchaft gerichtet wird, gründet ſich die Klage auf ein Miterbrecht des Klägers, inſofern ſie aber auch zugleich auf perſönliche Forderungen geht, die aus der Adminiſtration der gemeinſchaftlichen Erbſchaft entſtanden ſind, beruhet ſie, wie Juſtinian[14]) ſagt, auf einer obligatio quaſi ex contractu. Die Erbtheilungsklage gehört alſo unſtreitig zu den gemiſchten Klagen, inſofern darunter ſolche Klagen verſtanden werden, die ein Realrecht vorausſetzen, und doch nur gegen eine beſtimmte Perſon, welcher auch ein Realrecht an der Sache zugeſtanden wird, Statt finden, und die ein ausſchließendes Recht auf die Sache erſt bewirken ſollen[15]) Viele[16]) halten indeſſen die Erbſonderungsklage für eine blos perſönliche Klage; allein dafür kann ſie nur dann gehalten werden, wenn die Theilung ſchon geſchehen iſt, oder dieſe wegen des Untergangs oder Verluſts der Sache nicht mehr geſchehen kann, und daher die Klage blos auf perſönliche Forderungen geht[17]).

13) Durch die Adjudication geht bey den Theilungsklagen das Eigenthum der Sache ſofort auf den über, dem ſie gerichtlich zugetheilt worden iſt. §. *ult. I. de offic. iudic.*

14) §. 4. *I. de Obligat. quae quaſi ex contr. naſc.*

15) S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 201. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. Dabelow Handbuch des heutigen römiſch-deutſchen Privatrechts 2. Th. §. 1586. und Weſtphals angeführtes Syſtem §. 672. u. 673.

16) S. MEHL cit. Diſſ. pag. 6. ſqq. VOET cit. libr. Cap. I. nr. 10.

17) L. 24. *pr. D. h. t.* Weſtphal in angef. Syſtem §. 674.

Können ſich übrigens die Erben in Güte auseinanderſetzen, ſo bedarf es dieſer Klage nicht, und es hängt alsdann lediglich von ihrer Uebereinkunft ab, ob ſie die Theilung unter ſich allein vornehmen, oder einen Arbitrator zu Hülfe nehmen wollen [18]). Ja wenn auch ſchon die Theilungsklage erhoben, und anhängig ſeyn ſollte, ſo hindert dieſes dennoch nichts, daß die Theilung noch immer außergerichtlich geſchehen könne [19]); ſo wie im Gegentheil, wenn auch die Theilung außergerichtlich geſchehen ſeyn ſollte, dadurch dennoch die actio familiae erciſcundae nicht ausgeſchloſſen wird [20]). Iſt aber die actio familiae erciſcundae angeſtellet worden, und die Theilung iſt durch ein förmliches Urteil des Richters geſchehen, ſo heißt dies eine gerichtliche Theilung [21]). Eine jede andere Erbtheilung iſt für eine außergerichtliche zu halten, wenn ſie auch mit Zuziehung eines Theilrichters geſchehen [22]), oder von dem ordentlichen Richter wäre beſtätiget worden [23]).

§. 726.

Wem ſteht die Erbtheilungsklage zu? Erforderniſſe derſelben auf Seiten des Klägers.

Die Erbſonderungsklage ſtellt nun ein Miterbe gegen den andern Miterben an, das Miterbrecht mag in einem Teſta-

18) S. VOET de familia erciſc. Cap. 5. und THIBAUT Syſt. des P. R. 2. Bd. §. 728.

19) *L. ult. D. h. t.* VOET c. l. Cap. 5. nr. 2.

20) *L.* 32. *D. L.* 1. *C. L.* 21. *C. h. t.* THIBAUT Syſt. 2. Bd. §. 730.

21) *L.* 36. *D. h. t.* THIBAUT a. a. O. §. 728. a. E.

22) S. Grieſingers Commentar über das Wirtembergiſche Landrecht 5. B. S. 649. Not. p.

23) Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 137.

Teſtamente oder in einer unmittelbaren Verordnung der Geſetze [24]), es mag in dem Civil- oder prätoriſchen Rechte [25]), oder auch heut zu Tage in einem Erbvertrage gegründet ſeyn [26]). Utiliter kann dieſe Klage auch zwiſchen dem Fiduciar- und Fideicommiſſar-Erben Statt haben, wenn der erſtere dem letztern einen Theil der Erbſchaft abtreten ſoll, und dieſer auch dem letztern, jedoch blos mit Worten abgetreten worden iſt [27]). Nicht minder wird einem Arrogirten, der ihm gebührenden Quartae Divi Pii wegen, das utile familiae erciſcundae iudicium geſtattet, wenn er gleich eigentlich nicht als Erbe anzuſehen iſt [28]). Utiliter kann endlich auch die Klage von dem Käufer einer Erbſchaft angeſtellet werden, weil er an die Stelle des Verkäufers tritt [29]), und daher auch die hereditatis petitionem utilem anſtellen kann [30]), welche hingegen einem arrogirten Unmündigen ſeiner Quarte wegen nicht einmal geſtattet wird [31]).

24) *L. 2. pr. D. h. t.* VOET cit. libr. Cap. XI.

25) *L. 24. §. 1. D. h. t.* S. Weſtphal in dem angef. Syſtem §. 676.

26) S. STRECKER Diſſ. cit. §. 4. und Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen 3. Bd. §. 625.

27) *L. 40. D. h. t.* Si ex aſſe heres inſtitutus rogatus ſit, mihi partem aliquam reſtituere, veluti dimidiam: *utile familiae erciſcundae iudicium* recte inter eos agetur. S. Weſtphals angef. Syſtem §. 682.

28) *L. 2. §. 1. D. h. t.*

29) *L. 5. C. de heredit. vel act vend.* VOET de familia erciſc. Cap. XI. nr. 3.

30) *L. 54. pr. D. de hered. petit. L. 2. §. 18. D. de heredit. vel act. vend.*

31) *L. 1. §. 21. D. de collat. bonor.* Weſtphal §. 681.

Uebrigens muß derjenige, welcher die Erbtheilungsklage mit Wirkung anſtellen will, nicht nur ein Miterbrecht haben, ſondern die Erbſchaft muß auch von dem Kläger ſchon erworben geweſen ſeyn, als die Forderungen entſtanden, worauf die Klage gerichtet wird [32]). Ulpian lehrt dieſes deutlich, wenn er *L.* 49. *D. h. t.* ſagt:

Nam ut *familiae erciſcundae iudicio* agere quis poſſit, *non tantum heredem eſſe oportet*, verum *ex ea cauſa agere*, quam geſſit, quodque admiſit, *poſteaquam heres effectus ſit*. Caeterum ceſſat familiae erciſcundae actio: et ideo ſi, *antequam quis ſciret ſe heredem eſſe*, in hereditate aliquid geſſerit, *familiae erciſcundae iudicio non erit locus;* quia non animo hereditatis geſſiſſe videtur. Quare, *qui ante aditam hereditatem quid geſſit*, veluti ſi teſtatorem ſepelivit, *familiae erciſcundae iudicium non habet*. Sed ſi *poſt aditam hereditatem* id fecit, conſequenter dicemus, *familiae erciſcundae iudicio* conſequi eum poſſe ſumtum, quem fecit in funus.

Der Kläger muß ferner ein von dem Beklagten anerkanntes Miterbrecht haben. Wird ihm daher ſolches von dem Beklagten ſtreitig gemacht, ſo iſt zu unterſcheiden.

1) Der Beklagte iſt in dem alleinigen Beſitz der Erbſchaft. Hier iſt der Kläger mit der Erbtheilungsklage zur Zeit noch ab- und zur Erbſchaftsklage zu verweiſen [33]). Durch dieſe Klage, *hereditatis petitio partiaria*) muß alſo der Kläger zuvörderſt ſein Erbrecht wider den Beklagten ausführen, und ſo lange, bis darüber erkannt worden iſt, muß

32) S. STRECKER cit. Diſſ. §. 4. MEHL Diſſ. cit. pag. 15.

33) *L.* 20. *C. h. t.*

muß die Erbtheilungsklage ruhen. Cajus ſagt *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

Sed ſi is, *qui poſſidet*, neget eum ſibi coheredem eſſe: poteſt eum excludere per hanc exceptionem: *Si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat* [34]).

Weiß der Kläger nicht gewiß, ob ihn der Beklagte für einen Miterben anerkennen wird, ſo thut er wohl, wenn er die hereditatis petitio partiaria und die actio familiae erciſcundae mit einander ſucceſſiviſch cumulirt [35]).

2) Der Kläger iſt in dem Mitbeſitz der Erbſchaft. Hier iſt die Erbtheilungsklage nicht ganz unſtatthaft, wenn auch der Beklagte das Miterbrecht des Klägers läugnet. Es braucht daher keine neue Klage angeſtellt zu werden [36]); ſondern es wird der Präjudicialpunct des Erbrechts in demſelben Prozeß blos als ein Incidentpunct behandelt, welcher zwar zuvörderſt ausgemacht werden muß, nächſtdem aber ſogleich zur Entſcheidung der Erbtheilungsſache geſchritten werden kann [37]).

Quodſi

34) *Praeiudicium hereditati fieri* dicitur, ſi prius ius hereditarium actoris probandum, atque de eo iudicandum ſit, quam de diviſione hereditatis agatur. S. *Iac.* BALVARDUS de Praeiudiciis Lib. I. cap. 1. und cap. 11.

35) S. Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen. 3. Band §. 624.

36) Iſt der Kläger im Beſitz, ſo paßt auch nicht einmal die Erbſchaftsklage auf einen ſolchen Kläger, weil dieſe Klage nie dem Beſitzer zuſteht. Dahingegen kommt es bey der Erbtheilungsklage nicht darauf an, ob der Kläger im Beſitz der Erbſchaft iſt, oder nicht. S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum.* pag. 238.

37) S. Weſtphals Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 699. und §. 700.

Quodſi *poſſideat* (ſc. actor) *eam partem*, fährt Cajus in der angeführten Stelle fort, licet negetur eſſe coheres, *non nocet talis exceptio*. Quo fit, ut eo caſu ipſe iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoſcat, *an coheres ſit*. Niſi enim coheres ſit, neque adiudicari quicquam ei oportet, neque adverſarius ei condemnandus eſt.

3) Der Kläger, der auf die Theilung klagt, beſitzt die Erbſchaft allein. Hier kann der Beklagte, welcher alleiniger Erbe zu ſeyn behauptet, auch ſeiner Seits die Erbſchaftsklage erheben, ohne daß dadurch die Theilungsklage gehindert wird. Beyde Klagen werden hier als Con- und Reconvention zuſammengenommen, und in eben demſelben Prozeß zugleich ausgemacht und entſchieden. Es läßt ſich nicht behaupten, daß beyde Klagen incompatibel wären. Denn durch die Erbſchaftsklage kann keine Theilung bewirkt werden, dahingegen geht die Erbtheilungsklage nicht mit auf die Schulden, weil dieſe ſchon ipſo iure getheilt ſind. Wenn alſo der eine Miterbe dem Erblaſſer noch ſchuldig iſt, ſo muß die Erbſchaftsklage gebraucht werden. Es gehören hierher folgende Stellen.

L. 51. §. 1. *D. h. t.* Si ego a te hereditatem petere vellem, tu mecum familiae erciſcundae agere: ex cauſa utrique noſtrum mos gerendus eſt. Nam ſi ego totam hereditatem poſſideo, et te ex parte dimidia heredem eſſe confiteor, ſed a communione diſcedere volo: impetrare debeo *familiae erciſcundae iudicium*, quia aliter dividi inter nos hereditas non poteſt. Item ſi tu iuſtam cauſam habes, propter quam per hereditatis petitionem potius, quam familiae erciſcundae iu-

di-

dicium, negotium distrahere velis: tibi quoque permittendum erit, *hereditatem petere*. Nam quaedam veniunt in hereditatis petitionem, quae in familiae erciſcundae iudicio non deducuntur, veluti ſi ego debitor hereditarius ſim: iudicio familiae erciſcundae non conſequeris id, quod defuncto debui; per hereditatis petitionem conſequeris [38]).

L. 7. D. Si pars heredit. petat. welche, wie die *L.* 51. aus Julians *L.* 8. *Dig.* genommen iſt. Non poſſumus conſequi *per hereditatis petitionem* id, quod familiae erciſcundae iudicio conſequimur, *ut a communione diſcedamus:* cum ad officium iudicis nihil amplius pertineat, *quam ut partem hereditatis pro indiviſo reſtitui mihi iubeat* [39]).

Daß

38) In den *Baſilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Conſt. 51. §. 1. pag. 686. lautet die Stelle ſo: Ἐὰν ὁ εἷς τῶν συγκληρονόμων θέλῃ διὰ τῆς τῶν κληρονομιαίων ἀπαιτήσεως γενέσθαι τὴν διαίρεσιν, καὶ μὴ διὰ τȣ̃ διαιροῦντος τῇ Φαμιλίᾳ τὸν κλῆρον λόγου λέγων τȣ̃το διαφέρειν αὐτῷ, ἀκούεται. Τινὰ ρὰρ ἔχει πλέον ἡ τῶν κληρονομιαίων ἀπαίτησις. τὸ γὰρ παρὰ τȣ̃ κληρονόμȣ χρεωστούμενον τῷ διαθεμένῳ, ȣ̓κ ἀπαιτεῖται διὰ τȣ̃ διαιροῦντος τὸν κλῆρον, ἀλλὰ διὰ τȣ̃ απαιτοῦντος τὸν κλῆρον δικαστηρίου, i. e. *Si unus ex heredibus per hereditatis petitionem, non per familiae erciſcundae iudicium, diviſionem fieri velit, dicens hereditatem ad ſe pertinere, auditur: eſt enim aliquid amplius in petitione hereditatis: nam quod heres teſtatori debebat, iudicio familiae erciſcundae non exigitur, ſed per hereditatis petitionem.*

39) So leſen alle Ausgaben richtig, und damit ſtimmen auch die *Baſilica* überein, in welchen dieſe Stelle Tom. V. Lib. XLII. Tit. 2. Conſt. 7. pag. 652. ſo lautet: Ἐπὶ τῆς τῶν κληρονομιαίων

Daß übrigens der Kläger durch Anſtellung der Erbtheilungsklage dem Beklagten das Miterbrecht zugeſtehe, verſteht ſich wohl von ſelbſt, und nie würde wohl darüber je geſtritten worden ſeyn, wenn nicht der Ausſpruch des **Scävola** entgegen zu ſtehen ſchiene, welcher *L.* 37. *D. h. t.* ſagt:

Qui familiae erciſcundae iudicio agit, *non confitetur*, adverſarium ſibi eſſe coheredem.

So ſteht dieſe ſehr beſtrittene Stelle auch in der neueſten Göttingiſchen Ausgabe des Corporis iuris Rom. ohne die geringſte Anmerkung, da doch in den Ausgaben des **Charondas** und **Simon van Leeuwen** das *non* eingeklammert iſt, in den Baſiliken aber die Negation ganz fehlt, und von **Charondas** und **Baudoza** bemerkt worden iſt, ſie ſtehe auch in einigen alten Handſchriften nicht. Wie konnte in einer kritiſchen Ausgabe, wie die Gebauerſche ſeyn ſoll, eine Stelle, bey welcher ſich die Critic ſo geſchäftig bewieſen hat, ohne alle kritiſche Bemerkung gelaſſen werden? Daß die Worte des Scävola

μιαίων ἐκδικήσεως ὁ δικαστὴς ψηφίζεται τοσόν δε μέρος ἀδιαιρέτως ἀποκαταστῆναι μοι. οὐ μὴν ἵνα καὶ διελώμεθα. τοῦτο γὰρ τοῦ διαιροῦντος τῇ φαμιλίᾳ τὸν κλῆρον λόγου ἐστίν. i. e. *In petitione hereditatis iudex pronunciat tantum, partem hereditatis pro indiviſo mihi reſtitui, non etiam ut a communione diſcedamus: hoc enim pertinet ad iudicem familiae erciſcundae iudicio addictum.* Es iſt daher unbegreiflich, was WISSENBACH in Exercitat ad L. Pandect. libros P. I. Disput. XXII. Th. 7. will, wenn er daſelbſt ſagt, es müſſe *pro diviſo* geleſen werden. *Ant.* SCHULTING Theſium controverſar. Decad. XXVIII. Th. 4. hat dieſe unzeitige Critik mit Recht verworfen.

vola in einem affirmativen Sinn zu nehmen ſind, erhält durch die Baſiliken [40]) ein überaus wichtiges Argument. Denn in dieſen lauten ſie folgendermaſſen:

Ὁ κινῶν τὸ τῆς διαιρέσεως δικαςήριον, ὁμολογεῖ τὸν ἀντίδικον αὐτȣ̃ συγκληρονόμον εἶναι. i. e. *Qui familiae erciſcundae iudicio agit, confitetur, adverſarium ſibi eſſe coheredem.*

Soll man aber deswegen mit Gerh. Noodt [41]), Joh. Voet [42]), und Weſtphal [43]) die Negation in unſern Pandecten wegſtreichen? Dies erlaubt die Auctorität des Florentiniſchen Codex, und ſo vieler anderer damit übereinſtimmender Handſchriften ſchlechterdings nicht [44]). Die meiſten Ausleger, von Accurſius an, ſtreiten daher für die Beybehaltung derſelben. Nur Hermann Cannegieter [45]) lieſet ohne alle Auctorität, ſtatt non, *mox* oder *modo*. Doch weit entfernt ſind die meiſten, dem Fragment des Scävola einen affirmativen Sinn beyzulegen. Cujaz [46]), dem

40) Lib. XLII. Tit. 3. Conſt. 37. Tom. V. pag. 681.

41) Commentar. ad Dig. h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 238.

42) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10.

43) Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 703. S. 415.

44) Auch unſer Cod. Pand. membran. Erl. hat die Negation. Doch habe ich darin folgende Variante bemerkt: *Qui familiae erciſcundae iudicio agit, non confitetur, adverſarium fuiſſe coheredem.*

45) Obſervation. iuris Rom. Lib. I. cap. 17. pag. 113. ſq.

46) Obſervation. Lib. IX. Cap. 36.

dem die mehreſten [47]) gefolgt ſind, erklärt die Stelle ſo: Wer die Erbtheilungsklage anſtellt, räumt dem Beklagten das Miterbrecht nicht ſchlechterdings ein. Er kann daher, wenn er ſich in dem Miterbrechte des Beklagten geirrt hätte, nachher noch immer die Erbſchaftsklage anſtellen. Anton Faber [48]) hingegen unterſcheidet zwiſchen *ſupponere* und *fateri*. Wer die Erbtheilungsklage anſtellt, räume nicht ſowohl ein, daß der Beklagte Miterbe ſey, ſondern er ſetze dieſes nur voraus. Beruhe nun dieſe Vorausſetzung auf einem Irrthume, ſo könne daraus kein gültiges Geſtändniß gefolgert werden. Lauterbach [49]) glaubt hier ſogar den Satz entdeckt zu haben, wer die Erbtheilungsklage angeſtellt hat, kann noch immer pönitiren, und zur Erbſchaftsklage übergehen, ſo lange der Beklagte nicht rechtskräftig für einen Miterben erklärt worden iſt. Doch alle dieſe Erklärungen ſind immer noch erträglicher, als die, wenn Franz Hotoman [50]) die Stelle des Scävola von dem Beklagten verſtehen will, welcher mit der Erbtheilungsklage

47) *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. Lib. X. ad h. L. pag. 435. und in Praelect ad Pand. h. t. §. 3. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad L. Pand. libros Disp. XXII. Th. 9. *Io.* ALTAMIRANUS in Comm. ad Lib. XII. Quaeſtionum Scaevolae. Tom. II. *Theſauri Meerman.* pag. 514. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora Ex. X. §. 21. pag. 258. *Ant.* SCHULTING Theſium controverſ. Dec. XXVIII. Th. 5. POTHIER Pandect. Iuſtinian. Tom. I. Nr. XIX. not. a. pag. 305.

48) Rational. in Pand. ad L. 37. D. h. t.

49) Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 9. Dieſer Erklärung wird auch Beyfall gegeben in HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3061. not. b. pag. 387.

50) Obſervation. Lib. V. cap. 1.

Klage belangt worden iſt, und ſie aus der Regel zu erklären ſucht, reus excipiendo non confitetur, welchen ſchon Huber [51]) mit Recht getadelt hat. Scävola dachte ſicher daran nicht, was die Ausleger in ſeinen Worten gefunden haben. Daß ihnen vielmehr ein affirmativer Sinn beyzulegen ſey, beweiſen, wie ich nochmals bemerken muß, die Baſiliken unwiderſprechlich, und er iſt auch wirklich darin klar genug enthalten, wie unter allen mir bekannten Auslegern einzig und allein Heinrich Johann Arntzenius [52]) richtig gezeigt hat. Man ſetze nur ſtatt des Puncts nach *coheredem* ein Fragzeichen, und erkläre das *non* durch *nonne*, ſo iſt alle Schwierigkeit gehoben, und das Fragment ſteht mit der Entſcheidung der vorhergehenden *L.* 36. h. t. in dem beſten Zuſammenhange. An ſich bedarf wohl dieſe Emendation keiner weitläuftigen Rechtfertigung. Denn es iſt ja bekannt, daß die heutige Interpunction in dem Römiſchen Geſetzbuche von den Herausgebern deſſelben herrührt, indem ſowohl das Florentiniſche Manuſcript der Pandecten, als alle alte Codices ohne Interpunction Buchſtab an Buchſtab geſchrieben ſind. Die Interpunction zu ändern, iſt alſo wohl gewiß die erlaubteſte unter allen Emendationen [53]). Nun iſt es hier kein gleichgültiger Umſtand, daß das vorliegende Fragment aus den *libris Quaeſtionum* des Scävola genommen iſt, in welchen

51) Eunomia Rom. Lib. X. ad L. 37. D. fam. erciſc. §. 1. pag. 435.

52) Specim. Obſervationum. (*Leovardiae* 1761. 8.) Cap. 3.

53) G. ECKHARDI Hermeneut. iuris Lib. I. §. 75. und *Guil.* BEST Ratio emendandi Leges Cap. I. pag. 9. (edit. *Lipſiae* 1747. 8.) und beſonders Cap. VII.

chen dieſer Römiſche Juriſt civiliſtiſche Rechtsfragen erörtert [54]) und ſolche, nach dem Beyſpiel anderer Rechtsgelehrten [55]), nicht ſelten fragweiſe entſchieden hat. Unſtreitig wollte alſo Scävola ſagen:

Qui familiae erciſcundae iudicio agit, *nonne* confitetur, adverſarium ſibi eſſe coheredem?

Vergleicht man nun dieſen Satz mit der Entſcheidung der unmittelbar vorhergehenden *L.* 36. *h. t.* nach welcher eine Erbtheilung, die durch richterliche Adjudication geſchehen iſt, nicht angefochten werden kann, wenn auch gleich der eine Theil den andern aus Irrthum für einen Miterben gehalten haben ſollte; ſo war es gewiß noch ein Grund mehr, der in der *L.* 37. aus Scävola entlehnt wird, daß die Anſtellung der Erbtheilungsklage immer eine Anerkennung des dem Beklagten zuſtehenden Miterbrechts enthalte [56]). Hieraus erklärt ſich nun auch die Weglaſſung der Negation in den Baſiliken. Daß aber *non* für *nonne* ein ſowohl den beſten Claſſikern, als auch den römiſchen Juriſten gar nicht ungewöhnlicher Sprachgebrauch ſey, haben Schel-
ler

54) S. *L.* 29. §. 4. *D. de lib. et poſtum.* *L.* 14. *D. de iure codicill.* *L.* 9. *D. de negot. geſt.* *L.* 69. §. 3. *D. de eviction.*

55) So z. E. ſagt Papinian *L.* 84. *D. de acquir. vel omitt. hered.* Nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi ſuo relinquere nihil? et ideo decreto filio ſuccurrendum eſt. Eben ſo Ulpian *L.* 7. §. 1. *D. Quod falſo tut. auct.* Quid ſi compulſus, aut metu, ne compelleretur, auctoritatem adcommodaverit, nonne debebit eſſe excuſatus? Adde et *L.* 4. §. 1. *D. de eo quod certo loc.*

56) S. *Gottl.* HUFELAND Diſſ. de legum in Pandectis interpretandarum ſubſidio ex earum nexu et conſecut. petendo. §. 23.

ler [57]) und **Johann Wilhelm Marckart** [58]) aus mehreren Beyſpielen [59]) erwieſen.

§. 727.

Wer kann auf Theilung der Erbſchaft dringen?

Wer die Erbtheilungsklage anſtellen will, muß ferner die freye Diſpoſition über ſein Vermögen haben. Denn die Erbtheilung enthält ihrer Natur nach eine Art der **Veräußerung**, und nimmt bald die Natur einer Permutation, bald die eines Kaufs an, je nachdem entweder jeder Theilhaber ſeinen Antheil in Natur oder im Werthe erhält, und dieſer Werth ihm entweder durch andere Sachen, oder in Gelde vergütet wird [60]); kurz ſie enthält immer

57) Lateiniſch-teutſches Wörterbuch voc. *Non.*

58) Interpretat. receptar. iuris civ. Lection. Lib. II. cap. 11. pag. 243.

59) So z. E. ſagt CICERO *pro Roſc. Comoedo.* Cap. 1. NON amentia eſt? und *in Verrem* IV. 22. NON idem fecit? SALLUST in *Iug.* c. 31. Vos pro libertate, quam ab illis accepiſtis, NON ſumma ope nitemini? Man ſehe CORTE ad h. l. und DUCKER ad *Florum* Lib. III. c. 21. n. 25. Add. LIVIUS IV. 4. V. 53 Ein Beyſpiel aus unſern Geſetzen liefert *L.* 3. *D. de his, quae in teſtam. delent.* Quid ergo? NON et illud interdum credi poteſt, eum, qui heredum nomina induxerat, ſatis ſe conſecuturum putaſſe, ut inteſtati exitum faceret? Auf die nämliche Art erklärt auch *Guil.* BEST in Ratione emend. Leges Cap. XII. §. 11. die *L.* 156. §. 2. *D. de reg. iur.*

60) *L.* 1. *C. Commun. utriusq. iud.* *L.* 20. §. 3. *D. h. t.* *L.* 77. §. 18. *D. de legat. II.* *Rud. Chriſt.* HENNE Progr. de hereditatis diviſione emtionis vicem ſuſtinente. *Erfordiae* 1767.

immer eine Veräußerung des Miteigenthums am Ganzen gegen einen abgeſonderten Antheil. Daher können Pupillen, Minderjährige, gerichtlich erklärte Verſchwender, und andere Perſonen, welche unter der Vormundſchaft ſtehen, nicht für ſich auf Theilung provociren [61]). Es iſt auch nicht einmal die Auctorität und Zuſtimmung der Vormünder hierzu allein hinreichend, ſondern es muß darüber ein obrigkeitliches Decret ausgewirkt werden [62]). Wäre jedoch die Theilung ohne obrigkeitliches Decret, von den Vormündern allein, aber doch auf eine ſolche Art geſchehen, daß überall eine vollkommene Gleichheit beobachtet worden iſt

61) *L. 7. pr. D. de reb. eor. qui ſub tut. vel. cura ſunt.*

62) *L. penult. Cod. de praed. et aliis reb. minor.* VOET de fam. erciſcunda. Cap. XI. nr. 7. Wenn *L. 20. D. de auct. et conſ. tutor.* dennoch die von dem Vormund allein unter den Pupillen vorgenommene Theilung der väterlichen Erbſchaft für gültig erklärt, ſo vereinigt man dieſe Stelle gewöhnlich mit den übrigen Verordnungen des röm. Rechts ſo, daß man ſagt, zu den Zeiten des Scävola, aus deſſen Digeſten dieſes Fragment genommen iſt, ſey noch kein obrigkeitliches Decret erforderlich geweſen, weil er vor den Zeiten des Kaiſers Severus gelebt habe, durch deſſen Oration erſt jenes neuere Recht iſt eingeführt worden. *L. 1. D. de reb. eor. qui ſub tut.* S. *Pet.* BURGIUS Elector. lib. Cap. 7. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* T. I. pag. 321.) und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. in fin. Allein die Hauptfrage in dieſem Geſetz war wohl nur die, ob die Theilung gelte, weil ſie nicht ſchriftlich geſchehen ſey? und dies war nun freylich an ſich kein Grund die Theilung anzufechten, weil ein ſchriftlicher Aufſatz nicht erforderlich iſt. *L. 12. C. h. t.* Daher konnte Tribonian dieſe Stelle wohl, als geltendes Recht, in die Pandecten aufnehmen, wenn gleich Scävola vor dem Kaiſer Sever lebte.

iſt, ſo daß keiner ihrer Mündel weniger erhalten hat, als er nach dem Verhältniß ſeines Antheils fordern konnte, ſo kann eine ſolche Theilung nicht weiter angefochten werden [63]). Ja ſelbſt in dem Falle, da das eine Kind dabey zu kurz gekommen iſt, kann dennoch gegen das andere, wenn ſolches gleichwohl nicht mehr als ſeinen gebührenden Antheil erhalten hat, die Erbtheilungsklage nicht angeſtellet werden, ſondern das verletzte Kind muß *actione tutelae* gegen den Vormund auf Entſchädigung klagen [64]). Dies iſt der Fall, den Paulus entſcheidet, wenn er *L.* 38. *D. h. t.* ſagt:

Lucius et Titius fratres emancipati a patre adulti curatores acceperunt: hi communes pecunias ex reditibus redactas ſingulis ſubminiſtraverunt: poſtea omne patrimonium diviſerunt, et poſt diviſionem Titia ſoror Lucio fratri ſuo coepit quaeſtionem movere, quaſi amplius accepiſſet, quam ipſa acceperat. Cum Luciu. frater eius non amplius ſua portione, immo minus, quam dimidiam conſecutus ſit: quaero, an Titiae competat adverſus fratrem actio? PAULUS reſpondit, ſecundum ea, quae proponuntur, ſi Licius non amplius ex reditu praediorum communium accepit, quam pro hereditaria portione ei competeret, nullam ſorori eius adverſus eum competere actionem.

Dem Satz des Römiſchen Rechts gemäß, daß Niemand gezwungen werden könne, in der Gemeinſchaft zu

 bleiben,

63) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3062. lit. C.

64) Weſtphal in dem angeführten Syſtem §. 839. S. 511. f.

bleiben, muß ſich jeder, welcher zur Theilung aufgefordert wird, auch gegen ſeinen Willen auf die Klage einlaſſen, wenn er gleich noch unmündig oder minderjährig iſt [65]). Denn die Aufforderung zur Theilung wird in dieſem Falle als eine nothwendige Veräußerung angeſehen. Daher bedarf hier ſelbſt der Vormund keines obrigkeitlichen Decrets [66]). Sollte jedoch der zur Theilung aufgeforderte Minderjährige gerade mit keinem Vormund verſehen ſeyn, ſo muß der Kläger zugleich um die Beſtellung deſſelben bitten, wenn diejenigen es unterlaſſen haben ſollten, denen die Pflicht dazu zunächſt oblag [67]).

Jenem

65) *L.* 43. *D. h. t.* Arbitrum familiae erciſcundae vel unus petere poteſt. Nam provocare apud iudicem vel unum heredem poſſe, palam eſt. Igitur et praeſentibus caeteris et invitis, poterit vel unus arbitrum petere. Statt *praeſentibus* wollen einige lieber *abſentibus* leſen. S. *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. V. c. 1. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. II. pag. 255.) *Gilb.* REGIUS Ἐναντιοφαν. iuris civ. Lib. I. cap. 16. (ibid. pag. 1487.) *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. h. t. (Tom. II. *Oper.* pag. 238) und *Io. Guil.* HOFFMANN Meletemat. ad Pand. Disput. XI. ad Lib. X §. 4. In den *Baſilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 683. lautet die Stelle ſo: Ὁ εἷς κληρονόμος καὶ παρόντων καὶ ἀντιλεγόντων καὶ ἀπόντων τῶν ἄλλων, καλῶς κινεῖ τὸ τῆς διαιρέσεως δικαστήριον. i. e. *Arbitrium familiae erciſcundae et praeſentibus et contradicentibus, et abſentibus caeteris vel unus recte petit.*

66) *L.* 1. §. 2. *L.* 7. *pr. D. de rebus eor. qui ſub tut. vel cura ſunt. L. penult. C. de praed. et aliis reb. minor.* VOET de fam. erciſc. Cap. XI. nr. 10. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 12. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 3062. lit. A. THIBAUT Syſt. 2. Bd. §. 730.

67) *L.* 2. §. 3. *D. Qui pet. tutor. L.* 4. *C. eodem. Ant.* FABER Cod. definit. forens. Lib. III. Tit. 27. Definit. 11. VOET c. l. nr. 11.

Jenem Grundſatz zu Folge kann auch weder ein Vertrag, wodurch der Miterbe auf die Theilung Verzicht leiſtete, noch ein Verbot des Teſtirers die Theilung hindern [68]). Nur dann iſt ein ſolcher Vertrag, oder das Verbot des Teſtirers für gültig zu halten, wenn ſie ſich blos auf eine gewiſſe Zeit beſchränken [69]); z. B. daß die Erbſchaft ſo lange nicht getheilt werden ſolle, bis die auf den Gütern haftenden Schulden getilgt ſeyn würden. Doch würden auch in dieſem Falle die Miterben mit ihren Einwendungen gegen die Verordnung des Erblaſſers billig zu hören ſeyn, wenn ſie einen ihnen daraus entſtehenden erheblichen Nachtheil, z. B. eine unbezweifelte Verletzung oder Beſchwerung in dem ihnen gebührenden Pflichttheile zu zeigen im Stande ſeyn ſollten [70]).

B 3 Eben

68) Arg. L. 70. *D. pro Socio* L. 14. §. 2. *D. Comm. divid.* *L.* 5. *Cod eodem.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3065. Nr. IV. *Chr. Henr.* BREUNING Qu. iur. controv. an prohibitio patris in teſtamento de non dividenda hereditate cum matre coherede impediat diviſionem. *Lipſiae* 1772.

69) L. 14. §. 2. *D. Comm. divid.* L. 4. *pr. D. de condit. inſtitut.* S. Joh. Chriſt. Quiſtorps Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien 3. St. Nr. 1. oder Nr. 30. der neuern Ausgabe. Im *Code Napoleon* Art. 815. findet ſich hierüber die merkwürdige Verordnung, daß der Vertrag, wodurch die Miterben unter ſich verabreden, die Theilung noch eine gewiſſe Zeit lang auszuſetzen, nicht über 5 Jahre verpflichtend seyn ſolle. Er kann jedoch von Zeit zu Zeit erneuert werden. S. ZACHARIAE Handbuch des franzöſiſchen Civilrechts. 2. Bd. §. 353. Not. 3.

70) S. Quiſtorps angeführte Beyträge 3. Stück. Nr. 1. S. 8. f. und S. 10.

Eben ſo wenig ſteht endlich auch der Erbtheilungs-klage die Einrede der Verjährung entgegen, wenn auch die Gemeinſchaft noch ſo lang gedauert hätte, vorausgeſetzt, daß ſich die Miterben als ſolche anerkannten, und im gemeinſchaftlichen Genuſſe der erbſchaftlichen Güter ſich befanden [71]. Hätte hingegen der zur Theilung aufgeforderte Beklagte die Erbſchaft allein mit Ausſchließung der übrigen dreyßig Jahre hindurch in der Meinung beſeſſen, daß ſie ihm ausſchließlich gehöre, ſo kommt ihm allerdings die Verjährung zu ſtatten [72]. Eben dieſes würde auch in dem Falle Statt finden, wenn jeder Miterbe ſeit ſo langer Zeit einen abgeſonderten Theil der Erbſchaft in eigenem Namen beſeſſen hätte, ohne daß eine Theilungsurkunde exiſtirt [73]. Denn

71) S. VINNII Select. iuris Quaeſt. Lib. I. cap. 34. STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XV. §. 14. Weſtphals Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 706. b.

72) L. 1. §. 1. *Cod. de ann. except. Io.* VOET de familia erciſc. Cap XV. nr. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 3065. in fin. WESTENBERG Princip. iur. Rom. ſec. ord. Dig. h. t. §. 27. MALBLANC Princ. iur. Rom. Tom. II. h. t. §. 458. nr. III.

73) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 33. Hiermit ſtimmt auch der *Code Napoleon* Art. 816. überein. Jacob von Maleville behauptet zwar in ſeinem Commentar über das Geſetzbuch Napoleons, überſetzt von Wilh. Blanchard. 2. Band (Cöln 1808. 8.) 3. Buch. 1. Tit. S. 274. f. es ſey durch dieſen Artikel der vormalige Grundſatz des franzöſiſchen Rechts, daß nach einem zehnjährigen abgeſonderten Genuße die Vermuthung eintrete, es ſey eine Theilung geſchehen, nicht aufgehoben worden ſey. Allein das Gegentheil haben gezeigt *I. B.* DELAPORTE et RIFFÉ-CAUBRAY dans les Pandectes Françaises Tom. VII. (a *Pa-*

Denn ein ſchriftlicher Aufſatz iſt ohnehin zu einer gültigen Theilung nicht erforderlich [74]).

Noch iſt zu bemerken, daß wenn unter den Miterben einige unter einer Bedingung, andere aber unbedingt eingeſetzt worden ſind, zwar jene, ſo lange die Bedingung noch pendent iſt, auf Theilung zu bringen nicht befugt ſind, weil während dieſer Zeit die Erbſchaft noch nicht angetreten werden kann [75]); dahingegen ſind letztere nicht gehindert, zur Theilung unter ſich zu ſchreiten [76]). Es verſteht ſich jedoch, daß für den bedingt ernannten Miterben eine Sicherheit beſtellt werde, damit ihm bey eintretender Bedingung kein Schaden zugefügt werde [77]). Denn die Theilung kann doch in dieſem Falle nie anders, als der Rechte deſſelben unbeſchadet, geſchehen. Hierauf bezieht ſich ohne Zweifel mit der Ausſpruch des Ulpians, wenn er *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* ſagt: Dubitandum autem non eſt, quin familiae erciſcundae iudicium et *inter pauciores heredes ex pluribus* accipi poſſit. Tritt die Bedingung nachher noch ein, ſo kann er nun ſeinen Erbantheil noch

 an

(à *Paris* 1804.) Liv. III. Chap. 6. §. 313. p. 55. ſq. und *Kar. Salom.* ZACHARIAE im Handbuch des franzöſ. Civilrechts. II. Band. §. 353. Not. 2. S. 188.

74) *L.* 12. *Cod. h. t.* Weſtphal a. a. O. §. 705.

75) *L.* 13. *D. de acquir. vel omitt. hered.* HOFACKER Tom. III. §. 3062. nr. I.

76) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 14. und de famil. erciſc. Cap. XI. nr. 15.

77) Weſtphal in dem angef. Syſtem §. 695. und STRECKER Diſſ. cit. de act. familiae erciſc. §. 7.

an allen erbſchaftlichen Sachen pro indiviſo fordern [78]). Es iſt hier das nämliche Verhältniß vorhanden, wie in dem Falle, da von zwey Miterben der eine bedingt, der andere unbedingt ernannt worden iſt. Hier kann der letztere die Erbſchaft antreten, und alle und jede erbſchaftliche Klagen anſtellen, nicht anders, als ob er der alleinige Erbe ſey. Er muß aber nachher, wenn die Bedingung exiſtirt, mit dem andern Miterben theilen, in welchem Falle ihm jedoch, wenn etwa die Erbſchaft zu der Zeit, als der andere Miterbe ſich meldet, noch in den Händen des Dritten ſich befinden ſollte, gegen welchen er die Erbſchaft erſtritten hat, die Wahl zuſteht, ob er den neuen Miterben mittelſt Abtretung der actio iudicati an den dritten Beſitzer der Erbſchaft verweiſen, oder die Sache ſelbſt mit ihm ausmachen wolle. Hierher gehört die Stelle des **Venulejus**, welcher *L.* 7. *D. h. t.* ſagt: Si heres unus, cum ſub conditione adjectum coheredem, aut apud hoſtes *adjectum eo* [79]) haberet, dixerit ſe heredem eſſe, et actione

78) *Arg. L.* 17. *Cod. famil. erciſc.* VOET de familia erciſc. Cap. XI. nr. 15.

79) Haloander lieſet hier für adjectum eo, *addictum*, und Brenkmann macht in dem Gebauerſchen *Corp. iuris* hier die Bemerkung, man ſolle die Worte: *adjectum eo* auf ſeine Gefahr nur geradezu ausſtreichen. Sie wären durch einen Fehler des Abſchreibers entſtanden. Allein mit Recht vertheidiget die Beybehaltung dieſer Worte *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Diſſert. XI. ad Lib. X. §. 1. in fin. Das *eo* iſt hier ſoviel als *ei* oder *ſibi*, wie es zuweilen bey den Alten vorkommt. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 82. leitet es aus der fehlerhaften Ueberſetzung des Griechiſchen her, welches ſich auf die ſchon mehrmals bemerkte Grille dieſes Philologen bezieht, worüber ich kein Wort mehr verlieren will

actione expertus *vicerit* [80]), deinde conditio heredis extiterit, vel poſtliminio redierit: an victoriae commodum debeat cum eo communicari? nam indubitate iudicati actio ei in ſolidum competit. Et electionem coheredi dandam, id eſt, aut communicandam eam, aut experiundi faciendam poteſtatem huius, qui poſt victoriam coheredis effectus ſit heres, aut reverſus ſit in civitatem [81]). Idemque obſervandum, ſi poſtea

will. Nur das muß ich hier noch bemerken, daß das *eo* in unſerm Cod. Pand. membran. Erlang. nicht ſteht. Es fehlt auch in der Ausgabe des Baudoza.

80) Hier iſt anzunehmen, daß die Erbſchaftsklage gegen einen dritten Beſitzer der Erbſchaft war angeſtellet worden, gegen welchen der Prozeß zwar gewonnen worden iſt, in deſſen Händen ſich *aber* die Erbſchaft noch befindet. S. Weſtphals Syſtem von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 406. a.

81) Mit Unrecht tadelt Weſtphal a. a. O. S. 419. den *Ant.* FABER, wenn dieſer in Rational. ad h. L. dieſe Worte von dem obſiegenden Theile verſteht, daß nämlich dieſem die Wahl geſtattet werde, den neuen Erben an den dritten Beſitzer zu verweiſen, oder die Sache mit ihm ſelbſt auszumachen. Daß die Worte *electionem coheredi dandam* von dem Obſieger zu verſtehen ſind, beweißt nicht nur der ganze Zuſammenhang der Rede, ſondern dieſe Erklärung beſtärken auch inſonderheit die *Baſilica* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 667. wo ſie ſo lauten: Ἐὰν ἔχων ὑπὸ αἵρεσιν, ἤ παρὰ τοῖς πολεμίοις, ἢ κυοφορούμενον συγκληρονόμον ἐναγάγω, μόνον ἐμαυτὸν εἰπὼν κληρονόμον, καὶ νικήσω, μόνος ἔχω τὴν ἐκ τῆς ψήφου βοήθειαν. ἐπιλογὴν δὲ ἔχω ἢ κοινοποιῆσαι αὐτὴν μετὰ τȣ̃ συγκληρονόμου, ἢ παρασχεῖν αὐτῷ ἄδειαν ἐναγαγεῖν. οὔτε γὰρ οὗτοι διὰ τῆς σιωπῆς βλάπτονται. μετὰ γὰρ τὴν ψῆφον ἦλθον πρὸς τὸν κλῆρον. i. e. *Si cum ſub*

poſtea natus ſit poſtumus: non enim his perſonis ſilentium imputari poteſt, cum ad hereditatem poſt victoriam coheredis pervenerint.

§. 728.

Gegen wen findet die Erbſonderungsklage Statt? Wie wenn der Miterbe abweſend iſt?

Die actio familiae erciſcundae kann nur gegen einen Miterben angeſtellet werden, wenn er auch von der Erbſchaft gar nichts beſitzt. Paulus ſagt ausdrücklich *L.* 25. §. 2. *D h. t.*

Quantum vero ad accipiendum familiae erciſcundae iudicium, nihil intereſt, *poſſideat quis hereditatem, nec ne* [82]).

Denn

ſub conditione, aut apud hoſtes aut poſtumum adjectum coheredem haberem, dixero, me ſolum heredem eſſe, et actione expertus vicero, ſolus habeo ſententiae commodum: electio autem mihi datur, ut vel actionem iudicati cum coherede communicem, vel experiundi poteſtatem faciam: nec enim eis ſilentium nocet: nam poſt ſententiam ad hereditatem pervenerunt. Auch der griechiſche Scholiaſt hat bey den Worten *experiundi poteſtatem* pag. 697. die richtige Bemerkung gemacht, welche ich hier nur nach der lateiniſchen Ueberſetzung des Fabrotus herſetzen will: *id eſt, an velit communicare cum eo actionem iudicati adverſus victum, an ſecum, quaſi ſolo herede, agendi poteſtatem ei, qui heres apparuit, facere.*

82) In den Baſiliken Lib. XLII. Tit. 3. Conſt. 25. §. 1. pag. 675. lautet dieſe Stelle eben ſo: Καὶ ὁ μὴ νεμόμενος τὴν κληρονομίαν, δυνάται κινεῖν τὸ τῆς διαιρέσεως δικαστήριον. Weſtphal hat daher Unrecht, wenn er in dem angeführten Syſtem §. 702. behauptet, die *Baſilica* hätten dieſe Stelle fälſchlich von dem Kläger verſtanden. Fabrot hat ſie nur nicht richtig überſetzt.

Denn es kann ſeyn: daß der Kläger die Erbſchaft ganz allein beſitzt, und nicht länger in der Gemeinſchaft zu bleiben Luſt hat, der Beklagte aber die Theilung nicht geſchehen laſſen will. Hierdurch unterſcheidet ſich dieſe Klage von der Erbſchaftsklage, welche nur immer gegen den Beſitzer anzuſtellen iſt.

Iſt ein Miterbe abweſend, ſo kann dies die gegenwärtigen Miterben nicht hindern, dennoch zur Theilung der Erbſchaft zu ſchreiten. Es kann indeſſen freylich die geſchehene Erbtheilung dem Abweſenden, der davon nicht benachrichtiget worden iſt, keinesweges präjudiciren, ſondern es bleibt ihm ſein Antheil pro indiviſo an allen erbſchaftlichen Sachen vorbehalten. Er kann deswegen mit der actione familiae erciſcundae oder mit der hereditatis petitione, je nachdem ſie ihn entweder für einen Miterben anerkennen, oder nicht, gegen die übrigen Miterben klagen, wenn auch gleich dieſelben zu ſeinem Nachtheil Sachen, die zur Erbſchaft gehören, an einen Dritten veräußert hätten [83]).

L. 17. *Cod. h. t.* Coheredibus diviſionem inter ſe facientibus, iuri abſentis et ignorantis minime derogari, *ac pro indiviſo portionem eam, quae initio ipſius fuit, in omnibus communibus rebus eum retinere*, certiſſimum eſt. Unde portionem tuam cum reditibus *arbitrio familiae erciſcundae* percipere potes, ex facta inter coheredes diviſione nullum praeiudicium timens.

L. 44. §. 2. *D. h. t.* Si coheredes, abſente uno coherede, rem vendiderunt, et in ea re dolo malo fecerunt,

83) S. MEVIUS Part. IV. Deciſ. 398. und *Hubert.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. Lib. III. pag. 179.

cerunt, quo plus ad eos perveniret; vel *familiae erciſcundae iudicio* praeſtabunt ei, qui abſuit, vel *hereditatis petitione* [84]).

Soll daher die Erbtheilung unangefochten bleiben, ſo muß der Abweſende, wenn man ſeinen Aufenthalt weiß, beſonders dazu citirt werden, entweder ſelbſt, oder durch einen hinlänglich Bevollmächtigten dabey zu erſcheinen. Weiß man hingegen ſeinen Aufenthalt nicht, und er kann auch durch Edictalcitation nicht ausfindig gemacht werden, ſo können die gegenwärtigen Miterben bitten, daß dem Abweſenden ein Curator von Obrigkeitswegen beſtellet werde. Hat dieſer alsdann in die Theilung und Veräußerung eingewilliget, ſo iſt ſie auch in Anſehung des Abweſenden für gültig und rechtsbeſtändig zu halten [85]). Sollte indeſſen

84) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 12. verſteht dieſe Worte ſo, daß mit der hereditatis petitione gegen den dritten Beſitzer der veräußerten erbſchaftlichen Sachen geklagt werden könne. Allein Weſtphal in dem angef. Syſtem §. 697. verſteht ſie richtiger von dem Falle, wenn die übrigen Miterben dem Abweſenden kein Miterbrecht zugeſtehen wollen. Daß hier von einem ſolchen Falle die Rede ſey, wo die Erbſchaftsklage gegen die Miterben anzuſtellen iſt, beſtärken auch die Baſiliken, in welchen Tom. V. pag 683. die Stelle ſo lautet: Εἀν ἀπόντος τȢ ἑνὸς κληρονόμου οἱ λοιποὶ πωλήσοσι πράγματα, δὲ κατὰ δόλον κερδανώσιν, ἀπαιτεῖ αὐτὸν ἢ διὰ τῆς τȢ κλήρου ἀπαιτήσεως, ἢ διὰ τῆς τȢ κλήρου διαιρέσεως. i. e. *Si abſente uno coherede, caeteri res vendiderint, et dolo malo quid lucrifecerint, adverſus eos vel petitione hereditatis, vel familiae erciſcundae agit.* Man vergleiche noch *L.* 20. *C. h. t.* und Weſtphal im angef. Syſtem §. 700.

85) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 12. in fin. und MÜLLER ad STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 4. not. δ.

indeſſen der Abweſende eine erweisliche Läſion dabey erlitten haben, ſo bleibt ihm immer noch übrig, gegen die vorgenommene Theilung die reſtitutio in integrum ex capite abſentiae zu ſuchen, wenn die Bedingungen der Reſtitution überhaupt vorhanden ſind, und er von ſeinem Curator keine Entſchädigung erhalten kann [86]).

Da übrigens die Erbtheilungsklage ein iudicium duplex iſt, ſo können beyde Theile eben ſowohl Kläger als Beklagter ſeyn [87]). Hat nämlich der Kläger den bisherigen Beſitz und die Adminiſtration der Erbſchaft gehabt, ſo kann der Beklagte Ablegung der Rechnung und Erſatz der verurſachten Schäden fordern. Bey der Erbſchaftsklage fordert der Kläger dies nur von dem Beklagten, es würde ungereimt ſeyn, wenn der Beklagte dies von dem Kläger fordern wollte [88]). Auch in dem Falle iſt jeder Theil Kläger und Beklagter, wenn jeder Etwas von der gemeinſchaftlichen Erbſchaft beſitzt, und daſſelbe zu theilen ſich weigert [89]). Eben deswegen, weil die Erbtheilungsklage ein iudicium duplex iſt, ſollen beyde Theile einen doppelten Eid für Gefährde ſchwören, nämlich ſowohl den, nicht aus Schikane Klage zu erheben, als auch den, nicht aus Schikane zu läugnen, weil man bey den Theilungsklagen mehr, wie bey andern Klagen, Schikane beſorgte. Paulus

86) WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. II. Part. VII. Obſ. 20. Die Klage gegen den Curator iſt die *utilis curatelae actio directa*. S. BARDILI Diſp. de curatore bonorum abſentis. §. 45.

87) *L.* 2. §. 3. *D. h. t.*

88) S. GASSER Diſſ. de iudicio duplici. §. 20.

89) S. Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen. 3. Band §. 626.

lus lehrt dieſes ausdrücklich *L.* 44. §. 4. *D. h. t.* wo er ſagt:

Qui familiae erciſcundae, et communi dividundo, et finium regundorum agunt, et actores ſunt et rei: et ideo iurare debent, non calumniae cauſa litem intendere, et non calumniae cauſa ad inficias ire [90]).

§. 729.

Gegenſtand der Klage. Verſchiedenheit der bey der Auseinanderſetzung einer Erbſchaft vorkommender Streitigkeiten. Erforderniſſe zur Berichtigung der zu vertheilenden Erbmaſſe.

Der Gegenſtand der Erbtheilungsklage iſt eine gemeinſchftliche Erbſchaft, und zwar kann die Klage entweder der ganzen noch ungetheilten Erbſchaft wegen, oder eines noch ungetheilten Theils derſelben, oder auch einzelner noch zu vertheilender Stücke wegen erhoben werden.

L. 32. *D. h. t.* Quae pater inter filios non diviſit, poſt datas actiones vice diviſionis [91]), ad ſingulos pro heredi-

90) Viele halten dieſe Stelle für interpolirt, weil ſie glauben, Juſtinian habe dieſe Eide erſt eingeführt. *L.* 2. *C. de iureiur. propt. calumn.* S. *Theod. Regn. de* BASSENN in lib. de iureiurando Vet. inprimis Romanor. Cap. IV. §. 19. pag. 232. und *Io. Iac.* WISSENBACH Emblemata Triboniani Cap. II. pag. 51. (edit. *Hal.* 1736. 8.) Allein ohne hinlänglichen Grund, wie *Corn. van* BYNCKERSHOEK Obſervation. iur. Rom. Lib. VII. cap. 9. *Io.* WYBO in Triboniano ab Emblematib. Wiſſenbachii liberato Cap. II. §. 8. pag. 262. ECKHARD in Hermeneutica iuris Lib. I. §. 246. Not *) und Weſtphal in dem angef. Syſtem §. 675. gezeigt haben.

91) *Poſt datas actiones vice diviſionis* überſetzt Weſtphal im angef. Syſtem §. 687. noch anhängig gewordener Klage zum Behuf

hereditaria portione [92]) pertinent: modo ſi caetera, quae non diviſit, in unum generaliter non contulit, vel res datas non ſequuntur [93]). Das heißt, Sachen, welche der Vater unter ſeine Kinder nicht vertheilt hat, ſind, nach dem Verhältniß ihrer Erbportionen, unter ſie zu vertheilen; ſie müſſen nur nicht etwa einem Kinde als ein Prälegat beſtimmt, oder als Zubehörungen der ſchon vertheilten Sachen anzuſehen ſeyn.

L. 1. *Cod. eodem.* Si non omnem paternam hereditatem ex conſenſu diviſiſti: nec ſuper ea re ſententia dicta, vel transactio ſubſecuta eſt: iudico familiae erciſcundae experiri potes.

L. 21.

Behuf der Theilung. Allein *actiones* ſind hier nomina, und alſo die Worte vielmehr ſo zu erklären: *poſt nomina, quae pater in bonis habebat, diviſionis vice liberis aſſignata.* S. POTHIER Pandect. Iuſtinianeae Tom. I. h. t. Nr. LIV. not. a pag. 312. In den *Baſilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 680. ſind dieſe Worte gar nicht überſetzt. Die ganze Stelle lautet daſelbſt ſo: Εαν̀ τινα κατέλιπεν ὁ πατὴρ ἀδιαίρετα, διαιροῦνται αὐτὰ ὁι παῖδες· ἔιγε μὴ τὰ ἀδιαίρετα ἐληγάτευσεν ἑνὶ, ἢ παρακολουθοῦσι τοῖς διαιρεθεῖσιν. i. e. *Si pater quaedam indiviſa reliquerit, liberi ea dividunt, modo ſi, quae non diviſit, uni non legavit: vel res diviſas non ſequuntur.*

92) *Pro hereditaria portione* erklärt HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. von den Theilen, die der Vater gemacht hat. Allein es iſt vielmehr von Inteſtaterbtheilen die Rede. Denn die Vertheilung der Güter unter die Kinder hinderte in Anſehung der ungetheilten Stücke die Inteſtaterbfolge nicht. *L.* 21. *C. h. t.* S. Weſtphals angef. Syſtem §. 686.

93) *Res datas non ſequuntur* i. e. quae non ſunt acceſſio et ſequela rerum heredibus adſcriptarum, wie es *Pet.* MARTRESIUS in Notis in aliquod ICtorum reſponſa. Cap. 21. (in Tom. VI. *Theſ. Meerman.* pag. 730.) richtig erklärt.

L. 21. *C. eod.* Si, cogitatione futurae ſucceſſionis, officium arbitri, dividendae hereditatis, praeveniendo, pater communis iudicio ſuo, qualicunque iudicio ſuam declaraverit voluntatem: inter eos, qui ei ſucceſſerunt, exemplo Falcidiae retentionis habita ratione, familiae dividendae cauſa datus arbiter: *pro virili praeterea portione eorum* [94]), *quae nulli generaliter adſignavit, facta diviſione, in adiudicando patris ſequetur voluntatem.*

L. 10. *Cod. Communia utriusque iudic.* Scriptura teſtamenti, qua ſpecialiter omnia diviſa continentur, quominus res, quarum teſtator non fecit mentionem, heredes inquirere poſſint, nihil impedit.

Nur denn fällt die Erbtheilungsklage ganz weg, wenn alles getheilt, und nichts mehr vorhanden iſt, was zur Gemeinſchaft gehört.

L. 9. *C. Commun. utriusq. iud.* Familiae erciſcundae vel communi dividundo iudicio ita demum, *ſi corpora maneant communia*, agi poteſt.

Sie

94) *Pro virili portione eorum* iſt von dem Inteſtaterbtheil der Kinder zu verſtehen, wie aus der Vergleichung der Baſiliken erheilet. Da lauten die Worte Tom. V. pag. 693. ſo: Εὰν ὁ πατὴρ τῶν ἰδίον πραγμάτων διεῖλέ τινα ματαξὺ τῶν παίδων, τινὰ δὲ μὴ διελὼν ετελούτησεν ἀδιάθετος, ἤ καὶ διαθέμενος, ὁ δικαςὴς τὰ μὲν διαιρεθέντα, ὡς ἐμέρισεν ὁ πατὴρ· τὰ δὲ ἀδιαίρετα, πρός αναλογιαν τῶν νομίμων μερῶν ὀφείλει διαιρεῖν: i. e. *Si pater quasdam ex rebus ſuis inter liberos diviſerit, quibusdam non diviſis, inteſtato, vel facto teſtamento deceſſerit, arbiter diviſa quidem, ſicut ea diviſit pater, indiviſa vero pro rata legitimae portionis diſtribuere debet.*

Sie kann, wenn ſie einmal angeſtellt geweſen, nicht wiederholt werden. Denn ſie iſt eine actio univerſalis. Sollten ſich auch nachher noch einige zur Erbſchaft gehörige Sachen finden, die bey der gerichtlichen Theilung zurückgeblieben waren, ſo kann derentwegen die Erbtheilungsklage nicht noch einmal angeſtellet werden, ſondern es findet deswegen nur noch die *actio communi dividundo* Statt.

L. 20. §. 4. *D. h. t.* Familiae erciſcundae iudicium [95]) amplius, *quam ſemel*, agi non poteſt, niſi cauſa cognita. Quodſi quaedam res indiviſae relictae ſunt, communi dividundo de his agi poteſt.

Nur der Fall iſt auszunehmen, wenn ein abweſender Miterbe bey der Theilung ganz vergeſſen worden war. Dieſer kann, der gerichtlichen Theilung ungeachtet, actione familiae erciſcundae klagen [96]).

Sind mehrere Erbſchaften unter einerley Partheyen gemeinſchaftlich, ſo kann wegen derſelben, wenn ſie ihnen auch aus verſchiedenen Gründen zuſtehen, einerley Klage gebraucht, und ſie können zuſammen in einerley Prozeß gezogen werden. Dieſes findet ſogar auch dann Statt, wenn bey einer der gemeinſchaftlichen Erbſchaften noch ein Dritter, als Miterbe, intereſſirt wäre, wie aus folgender Stelle erhellet.

L. 25.

95) Baudoza lieſet *iudicio*. Unſer Cod. Pand. membran. hat, wie der Florentiniſche, *iudicium*.

96) *L.* 44. §. 2. *D. h. t.* *L.* 17. *C. eod.* Von einem ſolchen Falle iſt vielleicht *L.* 20. §. 4. *D. h. t.* zu verſtehen, wo es heißt, daß die Erbtheilungsklage, cauſa cognita, wiederholt werden könne. S. VOET h. t. §. 12.

L. 25. §. 3. *et* 4. *D. h. t.* De pluribus hereditatibus, quae inter eosdem ex diverſis cauſis communes ſint, unum familiae erciſcundae iudicium ſumi poteſt. — Si inter me et te Titiana hereditas communis ſit, inter me autem et te et Titium Seiana, poſſe unum iudicium accipi inter tres, POMPONIUS ſcribit.

In dieſem Falle hat jedoch der Richter beſonders darauf zu ſehen, daß alle Verwirrung vermieden werde. Es iſt daher zweckmäßig, jeden der verwickelten Puncte in beſondern Schriften verhandeln zu laſſen. Bey unbedeutendern Objecten folgt er der Analogie von Klagenhäufungen, um nur ſoviel in einer Handlung laufen zu laſſen, als ohne Verwirrung geſchehen kann [97]).

Außerdem, daß die Erbtheilungsklage eine oder auch mehrere gemeinſchaftliche Erbſchaften zum Gegenſtande haben kann, können auch die bey der Auseinanderſetzung der Miterben entſtehenden Streitigkeiten von ſehr verſchiedener Art ſeyn. Sie können entweder

1) die Ausmittelung und Richtigſtellung der Maſſe ſelbſt betreffen, und entweder über die Collationsverbindlichkeit und den Betrag der Conferenden, oder über Verheimlichung der zur Erbſchaft gehörigen Stücke, oder über die Adminiſtrationsrechnung, wenn etwa ein Miterbe die Erbſchaft ganz oder zum Theil verwaltet hat, oder über Herſtellung eines ordnungsmäßigen Inventariums entſtehen.

Ehe

97) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozeſſes 4. Band. Nr. LXXVI. §. 5. S. 158.

Ehe nämlich zur Theilung geſchritten werden kann, iſt es nöthig, daß zuvörderſt die Erbmaſſe berichtiget, das heißt, der ganze Betrag der Erbſchaft beſtimmt ausgemittelt werde [98]). Dies beruhet auf folgenden Stücken.

I. Es muß alles, was zur Erbmaſſe gehört, herbeygezogen werden. Aus dieſem Grunde muß

1) dasjenige, was ein Miterbe, oder ſonſt Jemand aus der Erbſchaft an ſich genommen, und bey Seite geſchafft hatte, zur Maſſe zurückgeliefert werden [99]). Hierzu dient der Manifeſtationseid, welcher, ohne weitere beſondere Beſcheinigung der Verdachtsgründe, von allen denjenigen gefordert werden kann, die kurz vor oder nach dem Tode des Erblaſſers in dem Hauſe deſſelben ſich aufhielten, und leicht etwas an ſich nehmen konnten [100]).

2) Wenn die Miterben Deſcendenten des verſtorbenen Erblaſſers ſind, ſo iſt die Collation deſſen, was jedes Kind von dem verſtorbenen Aſcendenten bey deſſen Leben ſchon erhalten hat, zur Berichtigung der unter ſie zu vertheilenden Erbmaſſe vorzüglich nöthig [1]). Es gründet ſich dieſe Pflicht zur Collation unter Deſcendenten auf die Vermuthung, daß der verſtorbene Aſcendent wegen der gleichen

 Liebe,

98) Man vergleiche hier vorzüglich Weſtphals Syſtem von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 734. ff.

99) *L.* 3. *Cod. h. t.*

100) *L. ult.* §. 10. *Cod. de iure delib.* MALBLANC Doctrina de iureiurando §. 48. pag. 168. ſqq. und LANGSDORF de iuramento manifeſtationis. (*Marburgi et Gieſſae* 1784. 8.) §. 19.

1) *L.* 20. *pr. D. h. t. L.* 12. *L.* 16. 17. 18. *et* 19. *Cod. de Collat.*

Liebe, welche die Eltern gegen ihre Kinder haben, keines derſelben vorzüglich habe begünſtigen wollen [2]). Zur Zeit der Pandecten hatte zwar bey der Teſtaments-Erbfolge der Kinder in das Vermögen des verſtorbenen Vaters keine Collation Statt [3]), inſofern nicht der Erblaſſer die Einwerfung ausdrücklich befohlen hatte [4]). Juſtinian ſelbſt hatte dieſen Grundſatz gebilliget [5]). Allein er war es auch, der ihn in der Folge abänderte, und ganz allgemein verordnete, daß Deſcendenten ohne Unterſchied, ſie mögen als Inteſtat- oder Teſtamentserben ſuccediren, dasjenige, was jeder derſelben von dem Erblaſſer bey deſſen Lebzeiten erhalten hat, einwerfen, oder ſich auf ihren Erbtheil ſollen anrechnen laſſen [6]). Die Collationsverbindlichkeit fällt jedoch weg, wo die Geſetze davon befreyen, wohin z. B. dasjenige gehört, was der Vater den Söhnen zum peculio caſtren-

2) Man vergleiche hier vorzüglich Carl Pfizer über die Collation der Deſcendenten. Stuttgard 1807. 8.

3) *L. 35. D. fam. erciſc. L. 1. §. 6. D. de collat. bon. L. 6. D. de dot. collat.* Weſtphal in dem angef. Syſtem. §. 754. Pfizer in der angef. Schrift §. 11.

4) *L. 1. Cod. de collat.*

5) *L. ult. Cod. Commun. utriusque iudicii.* Man ſehe über dieſes Geſetz Weſtphals Syſtem §. 755.

6) *Nov. XVIII. cap. 6.* — Nos ſancimus, ne talis praeſumtio ullo modo locum habeat: ſed *ſive quis decedat inteſtatus, ſive teſtatus*, (quoniam incertum eſt, oblitusne eorum, quae data ſunt, an perturbatione mortis preſſus mentionem illius rei non fecerit) omnino collatio aequaliter fiat; *niſi ille expreſſe diſpoſuerit, ſe collationem fieri nolle, ſed eum, qui a lege conferre cogitur, habere et id quod datum eſt, et iuribus teſtamento delatis frui.*

caſtrenſi [7]) oder zum Studiren gegeben hat [8]). Sie fällt ferner auch denn weg, wenn der verſtorbene Aſcendent die

7) *L.* 4. *Cod. h. t. L. ult. Cod. de collat.*

8) Die *L.* 50. *D. h. t.* redet zwar eigentlich nicht von einer Befreyung der Studierkoſten von der Verbindlichkeit zur Collation, ſo wie nämlich die letztere zu Ulpians Zeiten beſchaffen war, wo blos der emancipirte Deſcendent in dem Falle, da er durch ſeine Concurrenz, als prätoriſcher Erbe, dem Suo ſchadete, ſein eigenes Vermögen conferirte, was er nach der Emancipation erworben hatte. Denn in Beziehung auf dieſe, wäre die Frage von einer Collationsverbindlichkeit de lana caprina geweſen, weil, wenn auch die Studierkoſten, welche der Vater ſeinem emancipirten Sohne geſchickt hatte, als ein Anlehn zu betrachten wären, dennoch bekannt iſt, daß bey der ältern Collation die Emancipirten ihre Schulden an ihrer Activ-Vermögens-Maſſe in Abzug bringen konnten, ehe ſie conferirten. *L.* 2. §. 1. *D. de collat.* Es muß alſo nach dieſer Anſicht offenbar ein ſolcher Fall zum Grunde geſetzt werden, wo die Collation nicht eintrat, ſondern entweder ex teſtamento ſuccedirt wurde, oder blos emancipirte Deſcendenten die Erben waren. Nun erſt konnte die Entſcheidung ein Intereſſe haben, daß die Studierkoſten dem emancipirten Sohne auf ſeinen Erbtheil nicht angerechnet werden dürfen, weil die Pietät des Vaters für den Sohn ſpreche, wofern nicht das Gegentheil erwieſen werden könne, daß nämlich der Vater ſie bloß als ein wieder zu erſtattendes Anlehn an den Sohn gewendet habe. S. Pfizer a. a. O. §. 123. Da indeſſen nach dem neuern Collationsinſtitut, ſo wie ſolches vom Kr. Leo *L.* 17. C. *de collat.* gebildet, und von K. Juſtinian erweitert worden iſt, jeder, als Inteſtat oder Teſtamentserbe, ſuccedirende Deſcendent, er ſey emancipatus oder ſuus, dasjenige, was er von dem verſtorbenen Aſcendenten erhalten hat, conferiren muß, ſo läßt ſich hierauf die Entſcheidung der *L.* 50. *D. h. t.* jetzt vollkommen anwenden. Daher iſt auch dieſelbe in die *Baſilica* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 686. aufgenommen worden.

Collation unter ſeinen Deſcendenten verboten hat [9]), welches nach der richtigern Meinung auch ſtillſchweigend geſchehen kann, wenn dieſer Wille durch concludente Handlungen hinlänglich erklärt worden iſt [10]). Es wird hiervon in dem Titel *de collatione bonorum* zu ſeiner Zeit ausführlicher gehandelt werden.

3) Um die Erbmaſſe zu berichtigen, muß endlich auch aller Zuwachs, den die Erbſchaft ſeit dem Tode des Erblaſſers erhalten hat, desgleichen die aus der Erbſchaft, ſowohl vor als nach der Antretung derſelben, erhobenen Früchte und gezogenen Nutzungen; nicht minder der Betrag des von dem einen oder andern Miterben etwa zugefügten Schadens berechnet werden [11]). Es hat auch keinen Zweifel, daß dasjenige zur Theilung gehöre, wovon der Nachlaß erſt um des Erblaſſers Willen das Eigenthum erlangt hat; z. B. diejenigen Sachen, welche zwar der Erblaſſer noch gekauft hatte, die aber erſt nach deſſen Tode ſeinen Erben übergeben worden ſind, oder wovon der Erblaſſer die Verjährung nur angefangen, die Erbſchaft aber ſolche erſt vollendet hat [12]).

II. Es

9) *Nov. XVIII. cap. 6.*

10) Man ſehe hier vorzüglich Pfizer über die Collation der Deſcendenten §. 174. u. ff.

11) L. 16. §. 3. *et* 4. *D. h. t.* L. 19. L. 44. §. 3. *L.* 56. *D. h. t.* L. 9. *et L.* 19. *Cod. eodem. L.* 4. *Cod. Commun. utriusq. iudic.* S. Weſtphal §. 782 — 788.

12) *L.* 9. *D. h. t.* Veniunt in hoc iudicium res, quas heredes uſuceperunt, cum defuncto traditae eſſent. Hae quoque res, quae heredibus traditae ſunt, cum defunctus emiſſet.

II. Es muß alles, was nicht zur Erbſchaft gehört, davon abgeſondert werden, ehe es zur Theilung kommen kann. Dahin gehören die Legate und Prälegate, weil nur das, was die Miterben, als ſolche, von einander zu fordern haben, zur Erbtheilungsmaſſe gehört [13]). Abzuſondern iſt ferner das Eingebrachte der Ehefrau, das eigene Vermögen der Kinder, desgleichen was ein Miterbe vermöge eines beſondern Titels als alleiniges Eigenthum beſitzt, wenn er auch dieſe Sachen von dem Erblaſſer ſelbſt durch Kauf oder Schenkung erhalten hätte [14]).

III. Es muß über den zu vertheilenden Nachlaß ein vollſtändiges Inventarium errichtet werden [15]). Auf dieſes gründet ſich nachher die ganze Erbtheilung. Iſt daher daſſelbe nicht richtig aufgenommen, ſo kann ganz natürlich auch die Theilung nicht richtig ausfallen. Man verſteht

13) *L.* 4. *L.* 20. §. 9. L. 25. §. 22. L. 35. *D. h. t.* S. Weſtphal §. 743. ff. VOET Comm. h. t. §. 8. Das Prälegat kann auch ein Legatum liberationis ſeyn. *L.* 42. *D. h. t.* Iſt die prälegirte Sache von dem Erblaſſer verpfändet worden, ſo muß ſie zuvörderſt auf gemeine Koſten der Erbſchaft eingelößt, und auf ſolche Art dem Miterben, dem ſie prälegirt worden, überlaſſen werden. *L.* 28. *D. h. t.* Rem pignori creditori datam, ſi per praeceptionem legaverit teſtator: officio iudicis continetur, ut ex communi pecunia luatur, eamque ferat is, cui eo modo fuerit legata.

14) *L.* 25. §. 7. *et* 8. *D. h. t.* S. Weſtphal §. 741. und §. 742.

15) Hiervon handelt ausführlich VOET de familia erciscunda. Cap. 3. vorzüglich aber Fried. Rullmann in dem Verſuch einer Anweiſung zu dem Inventur- und Theilungsgeſchäfte. Frankfurt am Mayn 1789. 4.

ſteht unter dem Inventarium eine unter gerichtlicher Aufſicht geſchehene genaue und ſpecificirte Aufzeichnung aller ſowohl zum Activ-, als Paſſivvermögenszuſtande gehörigen Stücke. Hierzu müſſen alle diejenigen vorgeladen werden, welche dabey intereſſirt ſeyn können. Sind unmündige Intereſſenten darunter, ſo müſſen denſelben Vormünder beſtellt, und dieſe hinzugezogen werden [16]).

IV. Es müſſen die erbſchaftlichen Sachen taxirt werden, welches durch ſachverſtändige Perſonen geſchieht, die auf das Taxiren verpflichtet ſind, oder noch beſonders auf die richtige Taxation verpflichtet werden müſſen [17]). Dieſe Taxe muß von jeder Sache nach dem gemacht werden, was die Sache noch ungetheilt und im Ganzen werth iſt [18]). Bey Grundſtücken kann der Werth, wenn ſich die Miterben darüber nicht vereinigen können, per modum ſubhaſtationis voluntariae ausgemittelt werden [19]). Werden die Erbgrundſtücke bey der Theilung taxirt, ſo geſchieht der Anſchlag, nach dem Ertrage der jährlichen Einkünfte, ordentlicher Weiſe nur zu drey Procent, weil der Anſchlag unbe-

16) S. Fried. Rullmanns angeführten Verſuch. 1. Theil. §. 19.

17) Rullmann in dem angef. Verſuche §. 25.

18) *L. 52. §. 3. D. h. t.* Cum familiae erciſcundae agitur, *univerſae res aeſtimari debent*, non ſingularum rerum partes. S. Weſtphal §. 817.

19) von Trützſchler Anweiſung zur vorſichtigen und förmlichen Abfaſſung rechtl. Aufſätze, inſonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. 1. Th. 3. Hauptabth. 4. Hauptſt. §. 22. S. 528.

unbeweglicher Güter im Zweifel immer nach dem Mittelwerthe einzurichten iſt [20]).

Die bey der Auseinanderſetzung einer Erbſchaft vorkommenden Streitigkeiten können hiernächſt

2) auch die Art der Theilung betreffen, ob nämlich ſelbige durch das Loos geſchehen, ob einem der Miterben dabey ein Vorwahlsrecht zuſtehen, oder ob einem der Miterben die Güter allein nach einer gewiſſen Taxe zugeſchlagen werden ſollen? die hier eintretenden Grundſätze werden in den folgenden Paragraphen vorkommen.

3) Kann auch über die Berechnung der Antheile ſelbſt, und deren Anweiſung ein Streit entſtehen.

Der Richter laſſe ſich's hier vorzüglich angelegen ſeyn, durch Vernehmung der Intereſſenten genau herzuſtellen, welche von dieſen Puncten unter denſelben ſtreitig ſind, um das Streitige von dem Unſtreitigen abzuſondern, und über das Streitige allein die Verhandlungen zweckmäßig einzuleiten. Werden mehrere ſtreitige Puncte zugleich verhandelt, ſo iſt genaue Sonderung in Einleitung der Verhandlungen hauptſächlich nöthig, um alle Verwirrungen in der Verhandlung und in der Rolle der Intereſſenten zu verhüten. Jeder ſtreitige Punct iſt als Klage zu betrachten, wobey dem in Anſpruch genommenen Intereſſenten das letzte Wort gebührt. Jeder Punct erfordert, als beſonderer Streitgegenſtand, eine beſondere Entſcheidung, und dieſe Eigenſchaft bleibt unverändert, wenn auch meh-

rere

20) S. Joh. Ge. Eſtors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprozeſſes 3. Th. herausgegeben von Burchardi §. 54. S. 22. f.

rere Puncte in einem Urtheil zugleich entſchieden wurden. Es hat dies beſonders in Rückſicht der Rechtsmittel erhebliche Folgen, wie Herr Hofrath Gönner [21]) hierbey ſehr einleuchtend gezeigt hat.

Iſt die ganze Erbtheilungsſache durch Uebereinkunft der Intereſſenten und den richterlichen Ausſpruch berichtiget, ſo wird das Ganze in einen Theilungsreceß gebracht, welcher das Reſultat der bisherigen Streitigkeiten, den Betrag der zu vertheilenden Erbmaſſe, die Anzahl und Größe der Erbantheile, ſodann eine ſpecifique Ausweiſung enthält, durch welche Erbſchafts-Stücke jeder Intereſſent ſeinen Antheil erhalten habe [22]).

§. 730.

Untheilbarkeit der Erbſchaft. Rechtlich untheilbare Erbſchaftsſachen.

Sollte die Erbſchaft im Ganzen nicht füglich getheilt werden können, ſo kann der Richter ſie einem der Miterben ganz allein, und zwar dem Meiſtbietenden zuſchlagen, und dieſem auferlegen, dem Andern ſeinen Antheil im Gelde zu vergüten [23]). Iſt hingegen die Erbſchaft im

Ganzen

21) Handbuch des gemeinen Prozeßes 4. Band Nr. LXXVI. §. 5. S. 159.

22) Ein Formular eines ſolchen Theilungsreceſſes findet man in Rullmanns angef. Verſuch einer Anweiſung zum Inventur- und Theilungsgeſchäfte, in den Beylagen Nr. 8.

23) L. 55. *D. h. t.* Si familiae erciſcundae vel communi dividundo iudicium agatur, et diviſio tam difficilis ſit, ut pene impoſſibilis eſſe videatur, poteſt iudex in unius perſonam totam condemnationem conferre, et adiudicare omnes res.

Ganzen theilbar, ſo kommt es noch darauf an, ob nicht einzelne Sachen in derſelben untheilbar ſind. Es können nämlich

I. manche Sachen rechtlich untheilbar ſeyn, welche ein Geſetz oder Vertrag zur Theilung zu bringen verbietet (*res civiliter individuae*). Dahin gehören

1) Sachen, die ein Privatmann nicht beſitzen darf. Z. B. Gifte und verbotene Bücher. Solche Sachen müſſen vertilgt, oder dahin gegeben werden, wo kein ſchädlicher Gebrauch davon zu befürchten iſt [24]).

2) Sachen, die durch ein Verbrechen erworben worden ſind. Dieſe müſſen ihren rechtmäßigen Eigenthümern ausgeliefert werden [25]), wofern ſie nicht dem Fiscus anheim fallen [26]).

3) Urkunden. In Anſehung derſelben entſteht die Frage, bey wem die Originale zu verwahren ſind? Man unterſcheide.

a) Sind

24) L. 4. §. 1. *D. h. t.* Mala medicamenta et venena veniunt quidem in hoc iudicium, ſed iudex omnino interponere ſe in his non debet. Boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet. Tantundem debebit facere et in libris improbatae lectionis, magicis forte, vel his ſimilibus. Haec enim omnia protinus corrumpenda ſunt.

25) L. 4. §. 2. *D. h. t.* Weſtphal §. 732. Es findet jedoch dieſe Verordnung nur in dem Falle Anwendung, wenn die durch ein Verbrechen erworbenen Sachen noch in Natur vorhanden, nicht wenn ſie in die Subſtanz der erbſchaftlichen Güter verwendet ſind. S. HUBERI Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 4.

26) L. 9. *D. de iure fiſci.*

a) Sind die Urkunden einem der Miterben prälegirt, ſo müſſen ſie zwar demſelben im Original überlaſſen werden, es können aber die übrigen Miterben zuvörderſt Abſchriften davon nehmen, und überdem Caution verlangen, daß ihnen zu aller Zeit, wenn es nöthig iſt, auf ihr Verlangen die Originale vorgelegt werden ſollen.

L. 8. *pr. D. h. t.* POMPONIUS ſcribit, ſi uni ex heredibus praelegatae fuerint rationes, non prius ei tradendas, quam coheredes deſcripſerint. Nos videbimus, numquid et cautio ſit interponenda: ut, quoties deſideratae fuerint rationes, copia earum fiat? Plerumque enim authenticae rationes ſunt neceſſariae actori ad inſtruenda ea, quae poſtea emergunt, ad notitiam eius ſpectantia. Et neceſſarium eſt, cautionem ab eo ſuper hoc coheredibus praeſtari.

b) Hat der Erblaſſer hierüber nichts verordnet, und die Urkunden betreffen blos perſönliche oder Familien-Verhältniſſe des Erblaſſers, z. B. Adelsbrief, Beſtallungsdecrete, oder genealogiſche Nachrichten, ſo werden dieſe gewöhnlich dem älteſten Sohne, oder dem Chef der Familie, oder dem Haupterben zugetheilt, wofern nicht die Miterben dieſerhalb eine andere Uebereinkunft getroffen haben ſollten [27]).

c) Betreffen die Urkunden den Nachlaß überhaupt, wie z. B. das Teſtament, die Berechnungen und Rechnungs-

27) S. MÜLLER ad *Struvium* Exercitat. XV. Th. 8. not. o. in fine. VOET de familia erciſcunda Cap. VI. nr. 20. MYNSINGER Obſervat. Centur. IV. Obſ. 37. nr. 14. GAIL Lib. II. Obſ. 149. nr. 9. in fine.

nungsbücher des Erblaſſers über ſein Vermögen, Schuld-documente, u. d.; ſo bleiben die Originale bey dem Haupterben, d. h. der an dem Nachlaß den größten Antheil hat, und die übrigen Miterben erhalten nur eine Abſchrift davon. Sie können aber Caution verlangen, daß ihnen die Originale zu jeder Zeit, wenn es verlangt wird, vorgelegt werden müſſen [28]).

L. 4. §. 3. *D. h. t.* Sed et tabulas teſtamenti debebit aut apud eum, *qui ex maiore parte heres eſt*, iubere manere, aut *in aete deponi* [29]). Nam et LABEO ſcribit, vendita hereditate, tabulas teſtamenti deſcriptas deponi oportere. Heredem enim exemplum debere dare: tabulas vero authenticas ipſum retinere, aut in aede deponere.

L. 5.

28) S. MÜLLER ad *Struvium* c. l. Iſt jedoch die Caution nicht gleich Anfangs gefordert worden, ſo findet ſie nachher nicht weiter Statt. L. 2. *C. de hered. vend.* MEVIUS Tom. II. P. VIII. Deciſ. 477.

29) Es war bey den Römern gewöhnlich, Koſtbarkeiten und inſonderheit auch Documente in Tempeln zu verwahren. L. 1. §. 36. *D. Depoſiti.* L. 5. *D. ad Leg. Iuliam peculat.* L. 19. *C. de Uſur.* In dem Tempel des Saturns wurden die Geſetze, Bundesacten, und öffentlichen Schätze; in dem Tempel des Friedens die Koſtbarkeiten und Reichthümer vieler Privatperſonen; und vorzüglich bey den Veſtalinnen die Teſtamente deponirt. Daher wurden die Tempel von Soldaten bewacht. S. LIPSIUS ad *Taciti* Annal. Lib. I. c. 8. p. 17. HEINECCIUS Antiquitat. Rom. iurisprud. illuſtrant. Lib. II. Tit. I. §. 2. not. b. und *Henr. Io.* ARNTZENIUS Miſcellaneor. libr. Cap. 13. pag. 134. Heutiges Tages fällt dieſes weg, und die Aufbewahrung geſchieht in den Gerichten. S. MEVIUS P. V. Deciſ. 330. not. 6.

L. 5. *D. eodem.* Si quae ſunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet, ut apud eum maneant, *qui maiore ex parte heres ſit:* caeteri deſcriptum et recognitum faciant [30]), *cautione interpoſita* [31]), *ut, cum res exegerit, ipſae exhibeantur.*

Sind

30) So leſen, auſſer der Florentine, die meiſten Ausgaben. Haloander und Baudoza hingegen leſen: *caeteris deſcriptum et recognitum faciat.* Eben ſo hat auch unſer Cod. Pand. membran. Erlang. und für dieſe Leſeart ſtreiten die *Baſilica* Lib. XLII. Tit. 3. Tom. V. pag. 667. wo es heißt: Ο εἰς πλεῖον κληρονομῶν, τὰ δικαιώματα τῆς κληρονομίας κατέχει, καὶ δίδωσιν ἄλλοις ἴσα, ὁμολογῶν ὡς ἐι χρεία γενῆται καὶ τὰ αὐθεντικὰ προσκομίξει. i. e. *Qui ex maiore parte heres eſt, cautiones hereditarias retinet, et caeteris exemplum dat, cavetque, ut cum res exegerit, authenticae exhibeantur.* Nach dieſer Leſeart müßte alſo der Haupterbe, welcher das Originaldocument behält, den übrigen eine Abſchrift geben. Nach der florentiniſchen Leſeart hingegen müßten die übrigen Miterben ſelbſt Abſchrift davon nehmen, wenn ſie ſolche verlangen. Das Erſtere, welches der Leſeart in den gloſſirten Handſchriften entſpricht, behaupten vorzüglich die Practiker. STRYK de caut. contract. Sect. III. cap. IV. §. 13. LAUTERBACH Colleg. th. pract. h. t. §. 17. Das Letztere vertheidigen *Ger.* NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. pag. 240 §. *Quid dicemus.* und beſonders *Guil.* BEST in Diſp. exhib. Conjecturas quasdam ex iure civili. *Traj. ad Rhen.* 1704. Cap. 3. in fin. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. Diſſertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 220.).

31) Nach der Stellung der Worte, könnte es ſcheinen, daß die Miterben dem Haupterben Caution leiſten müßten. Allein das wäre ungereimt. Daher ſind die Worte: *caeteri deſcriptum et recognitum faciant,* gleichſam als eine Parentheſe zu betrachten. S. *Guil.* BEST cit. Diſp. cap. 3. pag. 220.

Sind die Miterben den Antheilen nach einander gleich, ſo müſſen ſie ſich über die Verwahrung des Originals vereinigen, oder looſen [32]). Es können aber auch die Originaldocumente bey einer gemeinſchaftlich oder durch Stimmenmehrheit dazu erwählten Perſon, oder an irgend einem ſichern Orte verwahrlich niedergelegt werden.

L. 5. *cit.* Si omnes iisdem ex partibus heredes ſint, nec inter eos conveniat, apud quem potius eſſe debeant, ſortiri eos oportet, aut ex conſenſu, vel ſuffragio eligendus eſt amicus, apud quem deponantur, vel in aede ſacra deponi debent [33]).

Die Licitation hingegen iſt durchaus hier kein ſchickliches Mittel, den Streit zu entſcheiden [34]); ſondern, wenn die Erben ſchlechterdings nicht über die Verwahrung der Originalurkunden unter ſich einig werden können, ſo muß der Richter entſcheiden, bey wem ſie aufbewahrt werden ſollen.

32) S. *Frid. Aug.* IUNIUS Diſſ. de ſorte remedio ſubſidiario cauſa dubias dirimendi. *Lipſiae* 1746.

33) Die Baſilica enthalten hier bey Fabrot Tom. V. pag. 667. eine falſche Leſeart: Es heißt nämlich daſelbſt: Eἰ δέ πάντες ἐξ ἲσου κληρονομοῦσι, καὶ ὀυ συμφωνοῦσι τινα δει ἔχειν ἀυτὰ κληροῦνται, ἢ κατὰ συναίνεσιν, ἢ ψῆφος, παρά φίλω ἢ ἐν ναῷ ἀποτὶθενται. i. e. *Si vero omnes iisdem ex partibus heredes ſint, nec inter eos conveniat, apud quem potius eſſe debeant, ſortiuntur; aut ex conſenſu, vel ſuffragio apud amicum deponuntur, vel in aede ſacra.* Hier muß unſtreitig ſtatt ἢ ψῆφος geleſen werden ἢ ψῆφον, wie auch *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Diſp. XI. ad Lib. X. §. 2. bemerkt hat.

34) L. 6. *D. h. t.*

ſollen [35]). Der Richter aber hat hier zunächſt die Vorſchrift Ulpians zu befolgen, und auf Alter, Anſehen und Geſchlecht der Perſon, welcher die Aufbewahrung anzuvertrauen iſt, Rückſicht zu nehmen [36]) Ulpian ſagt nämlich *L. ult. D. de fide inſtrum.*

Si de tabulis teſtamenti deponendis agatur, et dubitetur, cui eas deponi oportet: ſemper *ſeniorem* iuniore, et *amplioris bonoris* inferiore, et *marem* feminae, et *ingenuum* libertino praeferemus.

d) Betreffen endlich die Documente nur einzelne Güter, die zum Nachlaß gehören, ſo kommt es darauf an,

α) ob ein Miterbe das Gut allein erhält, wovon die Urkunde ſpricht; dann wird ihm auch das darüber vorhandene Document überlaſſen.

β) Theilen ſich hingegen mehrere in ein Grundſtück, worüber eine Originalurkunde vorhanden iſt, ſo ſind wieder folgende Fälle zu unterſcheiden.

aa) Der eine erhält einen größern Theil, als der andere. Dann muß jenem auch das Originaldocument zugetheilt werden, und die übrigen erhalten nur eine Abſchrift davon mit der Verſicherung, daß ihnen jedesmal das Original, wenn ſie es nöthig haben würden, vorgelegt werden ſolle.

bb) Alle

35) L. 5. *Cod. Commun. utriusq. iudic.* De inſtrumentis, quae communia fratrem veſtrum tenere proponitis, Rector provinciae aditus, apud quem haec collocari debeant, exiſtimabit.

36) S. *Io.* SICHARDI Praelection. in Cod. Tom. I. ad L. 5. Cod. Commun. utriusq. iudicii nr. 2. pag. 680. und MEVIUS P. V. Deciſ. 330.

bb) Alle erhalten gleiche Theile. Hier iſt es, wie bey den gemeinſchaftlichen Documenten. Können die Intereſſenten unter ſich nicht einig werden, ſo wird die Sache durchs Loos entſchieden, oder mit gemeinſchaftlicher Einwilligung ein Depoſitar, oder ein Ort zur Verwahrung beſtimmt. Es tritt hier die Analogie der *L.* 5. *D. h. t.* ein [37]).

4) Prädialſervituten. Dieſe laſſen ebenfalls keine Theilung zu. Denn die Servitut war entweder ſchon conſtituirt, und dann iſt ſie ein Acceſſorium des Grundſtücks, für welches ſie erworben worden iſt; oder ſie war dem Erblaſſer nur verſprochen, und dann ſteht die Klage jedem Miterben in ſolidum zu, ſo wie hinwiederum auch die Erben des verſtorbenen Promittenten daraus in ſolidum verpflichtet ſind [38]).

5) Erb-

37) VOET de fam. erciſc. Cap. VI. nr. 19. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3048. D.

38) *L.* 25. §. 9. *D. h. t.* An ea ſtipulatio, qua ſinguli heredes in ſolidum habent actionem, veniat in hoc iudicium dubitatur: veluti ſi is, qui viam, iter, actum ſtipulatus erat, deceſſerit: quia talis ſtipulatio per Legem duodecim Tabularum non dividitur, quia nec poteſt? Sed verius eſt, *non venire eam in iudicium, ſed omnibus in ſolidum competere actionem:* et, ſi non praeſtetur via, pro parte hereditaria condemnationem (ſc. *in id, quod intereſt, quod quidem diviſionem recipit*) fieri oportet. (S. POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XXX. not. m.) — §. 10. Contra, ſi promiſſor viae deceſſerit, pluribus heredibus inſtitutis, nec dividitur obligatio, nec dubium eſt, quin duret: quoniam viam promittere et is poteſt, qui fundum non habet. Igitur, quia ſinguli in ſolidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut ſi quis ex his conven-

5) Erb- und Familien-Begräbniſſe. Dieſe werden auch nicht zur Theilung angeſchlagen, ſondern bleiben in der Gemeinſchaft der Erben [39]). Endlich zählt Ulpian [40]) zu den rechtlich untheilbaren Sachen noch

6) Quaeſtionem de morte teſtatoris, vel de morte uxoris liberorumque ſuorum. Es bezieht ſich dies auf das ius vindicandae necis defuncti, welches in dem Römiſchen Rechte den Erben bey Verluſt der Erbſchaft zur Pflicht gemacht wird [41]). Dieſe Laſt liegt dem einen Miterben wie dem andern auf gleiche Weiſe ob [42]).

§. 731.

Verfahren bey phyſiſch untheilbaren Sachen.

Es können nun

II. einzelne Sachen der Erbſchaft auch ihrer natürlichen Beſchaffenheit nach untheilbar ſeyn. (*Res naturaliter individuae.*) In Anſehung derſelben iſt zu unterſcheiden. Der Erblaſſer hat entweder in ſeinem letzten Willen erklärt,

tus litis aeſtimationem praeſtiterit, id pro parte a caeteris conſequatur. S. Weſtphals Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 718. u. 719.

39) *L.* 30. *in fine D. h. t.* verglichen mit *L.* 5. *et* 6. *D. de religioſ.* *Ant.* FABER in Cod. Sabaud. definition. for. Lib. III. Tit. 25. Def. 10. und beſonders VOET de familia erciſc. Cap. VII. nr. 16. et 17.

40) L. 18. §. 1. *D. h. t.*

41) L. 9. *Cod. de his, quib. ut indignis.* L. 5. §. 3. *L.* 15. §. 2. *D. de SCto Silaniano.*

42) S. POTHIER Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. XXX. not. a. pag. 308.

klärt, wer von ſeinen Erben eine ſolche Sache erhalten ſoll, oder nicht. In jenem Falle hat er entweder zugleich den Preis feſtgeſetzt, für welchen der Erbe die ihm zugedachte Sache annehmen ſoll, oder nicht. Im erſten Falle muß dieſer Beſtimmung nachgegangen werden, wenn auch gleich der angeſetzte Werth unverhältnißmäßig klein, oder groß ſeyn ſollte; wofern nur durch einen ſolchen Anſatz keine Verletzung im Pflichttheile entſteht [43]. In dem letztern Falle hingegen, da der Preis nicht zugleich mit angegeben, auch nicht unentgeldliche Ueberlaſſung verordnet iſt, wird der Ankaufspreis, den der Erblaſſer dafür gegeben hat, zum Grund gelegt, oder die Sache durch unpartheyiſche Sachverſtändige geſchätzt [44].

Hat aber der Erblaſſer über die Vertheilung ſolcher Sachen nichts beſtimmt, und die Erben können auch unter ſich darüber nicht einig werden; ſo werden die Sachen taxirt, hiernach gleiche Portionen gemacht, und dieſe durch das Loos vertheilt; oder man ſchlägt die Sache demjenigen unter den Erben zu, der ſie um den höchſten Preis anzunehmen ſich erklärt [45].

43) L. 10. C. *h. t.* Quoties inter omnes heredes teſtator ſucceſſionem ſuam dividit: *ac ſingulos certis poſſeſſionibus cum mancipiis, quae in eisdem ſunt conſtituta, iubet eſſe contentos:* voluntati eius (ſalva Legis Falcidiae auctoritate) obtemperandum eſſe, manifeſtum eſt. Add. L. 21. *C. eodem.*

44) G. H. von Trützſchlers Anweiſung zur vorſichtigen und förmlichen Abfaſſung rechtlicher Aufſätze, inſonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. 1. Th. 3. Hauptabth. 4. Hauptſt. §. 22. Not. a.

45) L. 22. §. 1. *D. h. t.* L. 26. §. 2. *in fin. D. de Legat. I.* §. 4. *I. de offic. iud.*

Sind die Erben über den Preis einig, und nur einer ſoviel dafür geben will, als der andere, ſo gebührt der Vorzug demjenigen, der den größten Antheil an der Erbſchaft hat [46]). Haben ſie alle gleiche Antheile, ſo entſcheidet das Loos, wer die Sache erhalten ſoll [47]).

Sind aber die Erben über den unter ſich gebotenen Preis nicht einig, oder es iſt einer den andern mit Gelde abzufinden nicht im Stande; ſo iſt die Sache öffentlich auszubieten. Das Erbgrundſtück muß alſo ſubhaſtirt, und an einen fremden Meiſtbietenden verkauft werden [48]).

Wollen jedoch die Erben die Sache nicht an Fremde verkaufen laſſen, und können gleichwohl über die Theilung nicht übereinkommen, ſo bleibt dem Richter nichts übrig, als durch Beſtellung eines abwechſelnden Nießbrauchs eine Auskunft zu treffen [49]).

Zu-

46) Arg. L. 34. §. 2. *Cod. de donat.* S. von Trützſchler a. a. O. Not. b. S. 529. und *Frid. Eſ. a* PUFENDORF Obſervation. iuris univ. Tom. IV. Obſ. 110. Es ſetzt aber dieſes voraus, daß der Haupterbe die Sache verlangt. Denn aufzwingen kann man ihm die Sache nicht, weil es eine Wohlthat iſt, die Niemandem wider ſeinen Willen aufgedrungen wird. L. 69. *D. de Reg. iur.* Ueberdem kann Niemand eine Sache zu kaufen genöthiget werden. *L.* 11. *C. de contrah. emt.*

47) L. 3. *Cod. Communia de legat.* MEVIUS Part. IV. Deciſ. 397.

48) *L.* 3. *Cod. Communi divid.* Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 28. WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. II. P. VIII. Obſ. 303. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 22.

49) L. 16. §. 2. *D. h. t.* L. 6. §. 1. *D. de Uſufr.* S. den 9. Th. dieſes Commentars §. 628.

Zuweilen könnte eine Sache zwar wohl unter den Miterben getheilt werden, allein das Intereſſe eines Dritten erfordert es, daß die Sache einem der Miterben allein zugeſprochen werde. Dies iſt der Fall, wenn von einer zum Nachlaß gehörigen Sache ein dritter Nichterbe pro indiviſo Miteigenthümer iſt. Hier iſt zwar der Theil, der zur Erbſchaft gehört, zum Theilungsgeſchäft zu ziehen. Allein es iſt Pflicht des Richters, darauf zu ſehen, daß die Theilung für den Dritten ſo wenig, als möglich, läſtig werde. Man ſetze alſo den Fall, der Erblaſſer habe mit einem Dritten eine Sache gemeinſchaftlich beſeſſen. Hier muß der Richter nicht jedem ſeinen Antheil, ſondern den ganzen Antheil des Verſtorbenen an der gemeinſchaftlichen Sache einem der Miterben allein zuerkennen, damit der Dritte nicht zu viel Theilhaber erhalte. Eben dies findet Statt, wenn der Erblaſſer von einer Sache, davon ihm das Alleineigenthum zuſtand, Jemanden einen Theil pro indiviſo vermacht hat, von welcher der übrige Theil zur Erbſchaft gehört; oder wenn ein Miterbe ſeinen Antheil an einer einzelnen zur Erbſchaft gehörigen Sache noch vor entſtandenem Erbſonderungsproceß an einen Dritten veräußert hat. In Anſehung des Veräußerers gehört zwar der übrige Theil nicht mehr zum Theilungsgeſchäft, wohl aber in Anſehung der andern Miterben unter ſich; jedoch ſoll dieſer Theil nur einem der Miterben allein zugeſprochen werden. Dies iſt der wahre Sinn der ſo ſehr mißverſtandenen Stelle des Paulus, wenn er *L.* 25. §. 6. *D. h. t.* ſagt:

Si teſtator rem communem cum extraneo habebat, ſive rei ſuae partem alicui legavit, aut heres ante iudicium familiae erciſcundae acceptum partem ſuam

 alienа-

alienavit, ad officium iudicis pertinet, ut eam partem, quae teſtatoris fuit, alicui iubeat tradi.

Daß hier von drey verſchiedenen Fällen die Rede ſey, leuchtet in die Augen. Zwar geht die Entſcheidung den Worten nach nur auf den erſten Fall. Allein in den beyden letzten Fällen iſt gleicher Grund vorhanden, wie Cujaz [50]) gezeigt hat. Voet [51]) fügt noch den wichtigen Grund hinzu: *quod nempe abſurdum, immo impoſſibile ſit in tribus iſtis caſibus*, (quibus res defuncto cum extraneo communis fuit, vel defunctus rei ſuae partem pro indiviſo legavit, vel heredum unus ante hoc iudicium partem ſuam extraneo pro indiviſo diſtraxit) *ut coheredes ex iudicio familiae erciſcundae ſeparatas pro diviſo acciperent partes partis illius, quae in hereditate inventa fuit, aut remanſit heredibus cum legatario, emtore extraneo, vel defuncti ſocio pro indiviſo communis, quamdiu non prius a communione cum extraneo, defuncti ſocio, aut partis legatario, vel emtore extraneo, receſſum fuerit. Atque hinc, ſi coheredes omnino partis talis non adjudicationem uni faciendam, ſed inter ſe diſtributionem pro rata deſiderare vellent, neceſſe foret, et prius cum extraneo illo, ſive defuncti ſocio, ſive emtore, ſive legatario experirentur communi dividundo iudicio; atque ita demum hoc iudicio partis, quae a parte ſocii vel emtoris vel legatarii iam ſeparata eſt, exigerent inter ſe diviſionem* [52]). Es iſt daher eine ganz falſche Anſicht, wenn

An=

50) Obſervat. Lib. XXII. cap. 40.

51) Commentar. ad Pand. h. t. §. 23.

52) S. L. 52. *iunct. L. 54. D. h. t. L. 3. pr. Cod. Commun. divid.*

Anton Faber [53]) ſich hier einen ſolchen Fall denkt, wo der Erblaſſer eine Sache als mit ſeinem Miterben gemein gehabt, und dieſer Miterbe, welcher hier der *Extraneus* ſeyn ſoll, dafür zu ſorgen habe, daß der Theil des Erblaſſers, welchen dieſer einem Andern vermacht, oder deſſen Erbe veräußert hat, dem Dritten wirklich abgeliefert werde, damit er, der Extraneus, von demſelben keinen fernern Anſpruch zu befürchten habe. Ein ſolcher Sinn iſt aus den Worten des Römiſchen Juriſten ſchwerlich zu errathen, und es iſt auch ganz vergeblich, wenn Faber, um dem Fragment dieſen Sinn unterzuſchieben, die Worte: *rei ſuae partem*, in *rei ſuam partem* verwandeln will, welchen Weſtphal [54]) ſchon mit Recht deshalb getadelt hat. Wie wenig dieſe Critic, die ohnehin von aller Auctorität entblößt iſt, Grund habe, beweiſen die Baſiliken [55]), welche die Richtigkeit der gemeinen Leſeart vortreflich beſtärken. Die Stelle lautet ſo: Εὰν ὁ διαθέμενος μετὰ ἐξωτικοῦ κοινὸν πρᾶγμα ἔσχεν, εἴτε τοῦ ἰδίου μέρος ληγατέυσῃ, ἢ εἷς κληρονόμος πρὸ τῆς τοῦ διαιρετικοῦ δικαστηρίου προκατάρξεως τὸ ἴδιον ἐκποιήσῃ μέρος. Ὀφφίκιόν ἐστι τοῦ δικαστοῦ παραδιδόναι τινὶ τὸ μέρος τοῦ διαθεμένου. i. e. *Si teſtator rem communem cum extraneo habebat, ſive rei ſuae partem legavit, aut unus ex heredibus ante litem conteſtatam partem ſuam alienavit, ad officium iudicis pertinet, ut eam partem, quae teſtatoris fuit, alicui tradat.* Das dieſem Texte in den Baſiliken [56]) beygefügte

53) Rational. in Pandect. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 385.

54) Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 773.

55) Tom V. Lib. XLII. Tit. 3. Conſt. 25. §. 5. pag. 675.

56) Tom. V. pag. 708.

Scholium des Cyrillus ſeßt des Fabers Verirrung, ſo wie die Richtigkeit der Leſeart und der oben angegebenen Interpretation vollends außer allem Zweifel. Ἐὰν, ſagt Cyrill, ἢ ἐπίκοινον πρᾶγμα ἔχῃ ὁ τεστάτορ, ἢ τοῦ ἰδίου μέρος ληγατεύσῃ, ἢ εἷς τῶν κληρονόμων πρὸ προκατάρξεως το ἑαυτοῦ μέρος ἐκποιήσῃ, τὸ λοιπὸν ὡς θέλει προσκυροῖ ὁ δικαστής. Τὸ πλάτος οὕτως ἔχει, Ἐὰν ὁ διαθέμενος ὃ ἐπίκοινον ἐξ ἀρχῆς πρᾶγμα μετὰ τινος ἐξωτικοῦ εἶχεν, ἢ ἐξ ὁλοκλήρου αὐτῷ διαφέροντος πράγματος μέρος ἐληγάτευσέ τίνι, ἢ καὶ τις τῶν κληρονόμων αὐτοῦ πρό προκατάρξεως τοῦ περὶ διαιρέσεως διαφέροντος τὸ μέρος ἐπὶ τῷ κληρονομιαίῳ πράγματι ἐξεποίησέ τινι, ὥστε ταυτα χόθεν κοινὸν εἶναι μετὰ τινος ἐξωτικοῦ κληρονομιᾶιον πραγμα· δικαστής ἑνὶ τῶν κληρονόμων προσκυροῦν τὸ μέρος, ὅπερ τῆν τοῦ διαθεμένου· εἰ καὶ τό ἄλλο μέρος ἀλλότριον τῆν ἐξ ἀρχῆς, ἢ τὸ λοιτὸν τοῦ πράγματος ὅπερ εληγατεύθη τινὶ ὑπὸ τοῦ τεστάτωρος, ἢ περ ἑνὸς τῶν κληρονόμων αὐτοῦ ἐξεποιήθη. **i. e.** *Si teſtator rem communem cum alio habebat, vel rei ſuae partem legavit, vel unus ex heredibus ante litem conteſtatam partem ſuam alienavit, iudex eam partem, quae manſit in hereditate, ut vult, adiudicat. Textus integrior Digeſtorum ſic habet. Si teſtator ab initio rem communem cum extraneo habebat, vel rei in ſolidum ſuae partem alicui legavit, aut unus ex heredibus ante litem conteſtatam rei hereditariae partem ſuam alicui alienavit, ita ut his omnibus caſibus res communis ſit cum extraneo, iudex poteſt uni ex heredibus partem, quae teſtatoris fuit, adiudicare, licet pars alia alterius eſſet ab initio, vel alteram partem rei, quae a teſtatore alicui legata eſt, aut ab uno ex heredibus alienata eſt.* Es erhellet zugleich aus dieſer Paraphraſe, daß die Worte *iubeat tradi*, nichts anders als *adiudicet* bedeuten, wenn gleich Janus a

Co=

Coſta [57]) zwiſchen *iubere tradi* und *adiudicare* einen Unterſchied machen will.

§. 732.

Findet bey Activ- und Paſſiv-Schulden eine Theilung Statt?

Es giebt Sachen, die darum keiner Theilung unterworfen ſind, weil ſie ſchon von Natur, oder von den Geſetzen ſelbſt getheilt ſind. Beſteht nun die Erbſchaft aus lauter ſolchen Sachen, die von einander ſchon an ſich abgeſondert ſind, ſo fällt die Theilungsklage alsdann hinweg. Paulus führt hiervon zwey treffende Beyſpiele an, wenn er *L.* 25. §. 1. *D. h. t.* ſagt:

Si miles alium caſtrenſium, alium caeterorum bonorum heredem fecerit, non eſt locus familiae erciſcundae iudicio: diviſum enim eſt per conſtitutiones inter eos patrimonium. Quemadmodum ceſſat familiae erciſcundae iudicium, cum nihil in corporibus, ſed omnia *in nominibus* ſunt.

Zu den Sachen, welche ſchon ipſo iure unter den Miterben getheilt ſind, gehören vorzüglich die Activ- und Paſſiv-Schulden der Erbſchaft. Jeder kann nach dem Verhältniß ſeines Erbtheils die Schuldner der Erbſchaft belangen, jeder der Miterben kann aber auch nach eben dieſem Verhältniß von den Gläubigern der Erbſchaft belangt werden, ohne daß es deshalb einer weitern Theilung bedarf. Schon die Geſetze der zwölf Tafeln hatten dieſen Grundſatz aufgeſtellt: *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita ſunto;* und der Kr. Gordian beſtätigte denſelben L. 6. *Cod. h. t.* wo es heißt:

Ea,

57) Commentar. ad §. 4. I. de officio iudic. pag. 616. ſqq.

Ea, quae in nominibus ſunt, non recipiunt diviſionem: *cum ipſo iure in portiones hereditarias ex Lege duodecim tabularum diviſa ſint.*

Jedoch iſt dieſes nur von der actio perſonalis zu verſtehen. Denn iſt der Activ- oder Paſſiv-Schuld wegen ein Pfandrecht beſtellet, ſo iſt dieſes ſeiner Natur nach untheilbar [58]). Wenn daher auch ein Miterbe ſeinen Antheil an der Schuld bezahlt hätte, ſo bleibt die Pfandverbindlichkeit dennoch auf der ganzen Sache haften, und der Gläubiger kann noch immer auf den Verkauf des Pfandes dringen [59]), als welcher nur durch die Bezahlung der ganzen Schuld abgewendet werden kann [60]). Eben ſo iſt es, wenn der Schuldner der Erbſchaft auch dem einen Miterben ſeinen Antheil bezahlt hätte. Dies kann die übrigen Miterben nicht hindern, dennoch auf den Verkauf des Pfandes zu dringen, weil das Pfand einem jeden derſelben in ſolidum haftet. Sie müſſen jedoch dem Schuldner das, was er dem einen Miterben ſchon bezahlt hat, wieder erſtatten [61]). Iſt dem Erblaſſer eine Sache zum Pfande gegeben, ſo kann zwar ein ſolches Pfand in ſo weit zur Theilung kommen, daß es einem der Erben allein zugeſchlagen werden kann. Es muß aber derſelbe die übrigen Miterben wegen ihrer Antheile befriedigen. Dann kommt es auf ihn

58) L. 1. et 2. *Cod. Si unus ex plurib. heredib.*

59) L. 8. §. 2. *D. de pigner. act.*

60) L. 25. §. 14. *D. h. t.*

61) L. 11. §. 4. *D. de pign. act.* S. Weſtphals Verſuch einer. ſyſt. Erläuterung der röm. Geſetze vom Pfandrecht §. 33. Not. 52. S. 82. f.

ihn an, ob er die Einlöſung des Pfandes abwarten, oder den Schuldner auf die Bezahlung der ganzen Schuld verklagen will. Dies muß ſich der Schuldner gefallen laſſen, und der Kläger bedarf deshalb nicht einmal von den übrigen Miterben einer Ceſſion, weil er, wegen der geſchehenen Adjudication, gleichſam als ein Anwald des Schuldners zu betrachten iſt, für den er die Schuld zum Theil bezahlt hat. Anders wäre es, wenn der Miterbe nicht durch Adjudication, ſondern durch einen freyen Kauf von den übrigen Miterben deren Antheile erhandelt hätte. Hier würde ihm eine Klage auf die Bezahlung der ganzen Schuld ohne Ceſſion nicht zuſtehen, und ſelbſt auch bey der Adjudication alsdann nicht, wenn der Miterbe nicht ſowohl durch die angeſtellte Verſteigerung wäre genöthiget worden, das Pfand auf ſeinen Antheil anzunehmen, ſondern ſich dazu gedrängt, und andere Miterben mit Gelde überboten hätte, um nur das Pfand in die Hände zu bekommen. Denn in dieſem Falle iſt die Adjudication von einem freyen Kaufe nicht unterſchieden [62].

Der

62) L. 29. *D. h. t.* Si pignori res data defuncto ſit, dicendum eſt, in familiae erciſcundae iudicium venire. Sed is, cui adiudicabitur, in familiae erciſcundae iudicio pro parte coheredi erit damnandus: nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adverſus eum qui pignori dederit; (d. h. der andere Miterbe, der ſeine Bezahlung erhalten hat, braucht demjenigen Erben, dem das Pfand adjudicirt worden iſt, keine Caution zu leiſten, daß er die Bezahlung der ganzen Forderung von dem Schuldner erhalten ſolle. Denn dieſer kann den Beſitzer des Pfandes anders nicht actione pigneratitia directa belangen, als wenn er demſelben die ganze Schuld bezahlt. Der Beſitzer kann ihm ſonſt die exceptio doli entgegenſetzen.) quia pro eo erit, ac

ſi

Der Satz, daß Activ- und Paſſiv-Schulden unter den Miterben ipſo iure getheilt ſind, hat übrigens ſehr wichtige Folgen. Dahin gehört,

1) daß

ſi hypothecaria vel Serviana actione petita litis aeſtimatio oblata ſit: ut et is, qui obtulerit, adverſus dominum vindicantem exceptione tuendus ſit. Contra quoque, ſi is heres, cui pignus adiudicatum eſt, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus eſt. Non idem dici poteſt, ſi alteram partem creditor emerit: adiudicatio enim neceſſaria eſt, emtio, voluntaria: niſi ſi obiiciatur creditori, quod animo ſe licitus eſt. Sed huius rei ratio habebitur: quia, quod creditor egit, pro eo habendum eſt, ac ſi debitor per procuratorem egiſſet: et eius, quod propter neceſſitatem impendit, etiam ultro eſt actio creditori. Ich will mich hier nicht bey der ſchiefen Interpretation des Anton Fabers in Rational. ad Pand. h. L. und der von ihm unternommenen unzeitigen Emendation des Textes aufhalten, da Weſtphal in dem angeführten Syſtem §. 825. ſchon den Ungrund derſelben deutlich vor Augen gelegt hat. Die *Baſilica*, welche Faber bey ſeinen Interpretationen ganz vernachläßiget hat, hätten ihn hierüber deutlichen Aufſchluß geben können. Hier lautet die Stelle Tom. V. pag. 679. folgendermaſſen: Τὸ ἐνεχυρασθὲν τῷ τελευτήσαντι δυνατὸν ἑνί προσκυροῦσθαι, διδὸντι τὴν ἀναλογὶαν τῷ συγκληρονόμῳ, καὶ ἐκ ἀσφαλίξεται παρ αὐτῦ, ὡς ἀζήμιον αὐτὸν ὁ χρεώστης ποιεῖ. ἔοικε γὰρ τῷ εναχθὲντι τῇ ὑποθηκαρίᾳ, καὶ παρασχόντι τὴν τῆς δίκης διατίμησιν. ἔχει γὰρ παραγραφὴν, καὶ εἰς ὁλόκληρον ἀγωγὴν κατὰ τῦ χρεώστου. ἐι μὴ ἄρα ὑπὲρ τὸ δέον ὑπερεθεματισιν. ὡς γὰρ ἐντολεὺς τῦ χρεώστου δοκεῖ πράττειν, καὶ ἔχει ἀγωγὴν, ἐφ᾽ οἷς ἐξ ἀνάγκης ἐδαπάνησεν. ὀυ ταὐτόν ἐστιν ἐπὶ δανειστοῦ τὸ ἕτερον μέρος ἀγοράσαντος. i. e. *Res pignori data defuncto uni adjudicari poteſt, qui pro portione ſua pecuniam debitam coheredi ſolvit, neque cautionem exigere poteſt de indemnitate adverſus debitorem: nam ei ſimilis eſt,*

1) daß durch die von dem Gläubiger gegen den einen Miterben zu ſeinem Antheile angeſtellte Schuldklage die Verjährung derſelben in Anſehung des andern Miterben nicht unterbrochen werde, ſo wie im Gegentheil die von dem einen Miterben zu ſeinem Antheil gegen den Schuldner angeſtellte Klage, dem andern Miterben zur Unterbrechung der etwa gegen ihn angefangenen Verjährung der Klage nichts nützt. *Quae enim ipſo iure diviſa ſunt, ut debita hereditaria, ſigillatim praeſcribuntur, et ſeparatis actionibus petuntur* [63]).

2) Wenn nach der Erbtheilung einer der Miterben inſolvent wird, ſo geht dieſes diejenigen Miterben, die ihre Antheile an der Schuld bezahlt haben, nichts an; dieſe ſind für jenen zu haften nicht verbunden [64]).

Ob nun gleich eigentlich die Activ- und Paſſivſchulden ipſo iure getheilt ſind; ſo kann doch zuweilen der Richter die Schulden den einzelnen Miterben ganz zuerkennen, wenn nämlich die partielle Eintreibung oder Bezahlung der Erb-

eſt, qui convenitur hypothecaria, et litis aeſtimationem praeſtitit; habet enim exceptionem, et in ſolidum actionem adverſus debitorem: niſi forte immoderatius rem licitus fuerit: quaſi enim procurator debitoris agere videtur, et eius, quod propter neceſſitatem impendit, ei actio eſt. Non idem eſt, ſi creditor alteram partem emerit.

63) S. *Io. Henr.* BERGERI Reſolutiones Legum obſtant. h. t. Qu. I. et ad eand. Animadverſion. pag. 166. ſqq.

64) Arg. L. 33. *pr. D. de legat. II.* Vid. *Franc.* BALDUINI Commentar. de Legib. XII. Tabular. Cap. 32. pag. 157. ſqq. (edit. *Baſil.* 1557. 8.) HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3056. beſonders VOET in Comm. h. t. §. 26.

Erbſchaftsſchulden mit Nachtheil und Weitläuftigkeiten verknüpft ſeyn ſollte [65]). Cajus ſagt *L.* 3. *D. h. t.*

Plane ad officium iudicis nonnunquam pertinet, ut debita et credita ſingulis pro ſolido, aliis alia attribuat, quia ſaepe et ſolutio et exactio partium non minima incommoda habet.

Dieſe Pflicht liegt dem Theilungsrichter auch beſonders alsdann ob, wenn der Teſtator ſelbſt einem oder dem andern Miterben allein gewiſſe Schuldforderungen zugetheilt, oder gewiſſe Schulden allein zu bezahlen auferlegt hat. Denn daß der Richter bey der Vertheilung der Erbſchaft die Verordnung des Teſtirers befolgen müſſe, hat keinen Zweifel [66]). In dieſem Falle kann nun auch der Schuldner demjenigen Erben die Schuld ganz bezahlen, dem ſie der Teſtirer zugetheilt hat, ohne von Seiten der übrigen Miterben einen weitern Anſpruch befürchten zu dürfen, als gegen welche er ſich immer mit der exceptione doli ſchützen kann.

L. 1. *Cod. de exceptionib.* Debitores quidem hereditarii unicuique heredum pro portione hereditaria antiqua lege obligati ſunt. Sed ſi eis heredibus omnem pecuniam exſolviſti, quibus nomen patris tui teſtator in diviſione adſcripſerat, *doli mali exceptione* adverſus alios agentes tueri te potes.

Damit aber auch der Erbe gegen den ihm angewieſenen Schuldner auf die Bezahlung der ganzen Schuld klagen

65) *Chriſt.. Lud.* CRELLII Diſſ. de diviſione nominum in iudicio familiae erciſcundae interdum neceſſaria. *Vitembergae* 1743.

66) *L.* 4. *pr. D. h. t. L.* 32. *D. eod. L.* 21. *Cod. eodem.*

gen könne, müſſen die übrigen Miterben ihm ihre Rechte cediren, und es kann ſelbſt die Erbtheilungsklage mit darauf gerichtet werden, daß dieſe Ceſſion geſchehe [67]). Der Ceſſionar klagt alsdann gegen den Schuldner theils in eigenem, theils im Namen der übrigen Miterben, als Bevollmächtigter derſelben [68]). Sind hingegen erbſchaftliche Schulden einem der Miterben ganz von dem Erblaſſer auferlegt, oder von richterlichen Amtswegen zugetheilt [69]); ſo ſind zwar die Gläubiger eine ſolche Theilung anzuerkennen, nicht gezwungen. Denn man kann ihnen wider ihren Willen keinen andern Schuldner aufbürden. Ihnen bleibt daher die freye Macht, jeden der Miterben auf ſeinen Antheil zu belangen [70]). Will jedoch der Miterbe die übernommene ganze Schuld dem Gläubiger allein bezahlen, ſo iſt letzter ſolche anzunehmen ſchuldig, ob er gleich ſelbſt auf die ganze Schuld gegen dieſen Miterben allein nicht klagen könnte [71]). Denn der Gläubiger hat kein Intereſſe dabey, warum er die Zahlung nicht annehmen wollte. Dahingegen kann er darum nicht die Bezahlung der ganzen Schuld von dem einen Miterben allein verlangen; weil ihn die geſchehene Zutheilung, als eine res inter alios acta, nichts angeht, die obligatio aber unter den Miterben ipſo iure getheilt iſt [72]). Allein unter den Miterben iſt eine ſolche Ab-

67) L. 2. §. 5. *D. h. t.* L. 108. §. 13. *D. de legat. I.*

68) *L.* 3. *D. h. t.*

69) Beyſpiele hiervon kommen vor. *L.* 20. §. 3. 5. *et* 8. *D. h. t.* L. 34. §. 3. *D. de legat. III.* L. 7. §. 3. *D. de liberat. legata.*

70) *L.* 20. §. 3. *D. h. t.*

71) *L.* 69. §. 2. *D. de legat. I.*

72) S. CRELL cit. Diſſ. §. 4.

Adjudication von Wirkung. Es können daher nicht nur die übrigen Miterben den Erben, welchem die Schuld zugetheilt worden iſt, zwingen, daß er ſie, der Adjudication, oder dem Willen des Erblaſſers gemäß, ganz bezahle [73]); ſondern ſie können auch, wenn ſie ihre Antheile dem Gläubiger haben bezahlen müſſen, durch die Erbtheilungsklage das Bezahlte zurückfordern [74]).

Hieraus erklärt ſich nun, wenn Cajus in der oben angeführten *L.* 3. *D. h. t.* fortfährt:

Nec tamen ſcilicet haec attributio illud efficit, ut quis ſolus totum debeat, vel totum alicui ſoli debeatur: ſed ut, ſive agendum ſit, partim ſuo, partim procuratorio nomine agat [75]): ſive cum eo agatur, partim ſuo, partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera poteſtas [76]) maneat creditoribus cum ſingulis

73) L. 18. §. 4. *et* L. 20. §. 3. *D. h. t.* L. 69. §. 2. *D. de legat.* 1. L. 34. §. 3. *D. de legat.* 3. L. 7. §. 3. *D. de liberat. leg.*

74) L. 20. §. 5. *D. h. t.* Weſtphal §. 715. und 716.

75) Statt *agat*, wie die Florentine lieſet, haben Haloander, und Baudoza *agatur.* Eben ſo lieſet auch der Cod. Pand. membran. Erlang.

76) In der Florentiniſchen Ausgabe ſteht *poteſtas* ESSE *maneat.* Allein das *eſſe* fehlt bey Haloander, Baudoza, Hugo a Porta, und in mehreren andern Ausgaben. In dem Cod. Pand. Erl. ſteht es ebenfalls nicht. *Guil.* BEST Ratio emendandi Leges Cap. XV. §. 12. will ſtatt eſſe, *eſt et* maneat, leſen. Allein das *eſſe* iſt wohl unſtreitig ein Fehler des Abſchreibers, wie Brenkmann in der Gebauerſchen Ausgabe mit Recht bemerkt.

lis experiundi: tamen et his libera poteſtas eſt, ſuo loco ſubſtituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata ſunt [77]).

Hat der Erblaſſer einem der Miterben allein gewiſſe Schulden auferlegt, ſo kann ihn zwar der Theilungsrichter nöthigen, dieſe Laſt, dem Willen des Erblaſſers gemäß, zu übernehmen; es gehört aber auch in dieſem Falle zum Amte des Richters, darauf zu ſehen, daß dieſem Miterben durch Uebernehmung der ihm zugetheilten Schulden nicht der ihm gebührende Pflichttheil, wenn es ein Notherbe iſt, oder wenn es ein anderer Erbe iſt, die Falcidiſche Quarte verletzt werde [78]). Ob nun gleich die Gläubiger deswegen nicht ſchuldig ſind, ſich gerade an den von dem Erblaſſer ihnen angewieſenen Erben allein zu halten, ſondern, wie bereits oben bemerkt worden iſt, die freye Macht und Gewalt behalten, auch die übrigen Erben pro rata zu belangen;

77) In den *Baſilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Conſt. 3. pag. *666.* ſind die letzten Worte ſo ausgedrückt: *ἐι γὰρ καὶ μετὰ, τὴν προσκύρωσιν, ἄδειαν ἔχουσιν ὁι δανειςαὶ πᾶσιν ἐνάγειν, ὅμως καῖ ἀυτοῖς ἐφεῖταί διὰ ἐντολέων δικάξεσθαι ὀφφικίῳ τȣ δικαςȣ̃.* i. e. *Nam licet poſt adiudicationem libera poteſtas maneat creditoribus cum omnibus experiundi, tamen et his libera poteſtas eſt per procuratores litigandi officio iudicis.*

78) *Videtur enim ceteris coheredibus*, ſagt CRELL in Diſſ. cit. de diviſione nominum in iud. fam. erciſc. interdum neceſſaria §. 4. pag. 26. LIBERATIO LEGATA *eſſe, ſi uni aes alienum a teſtatore iniunctum ſit, ut reliqui hoc onere leventur. Sed conſtat, per legata nec legitimam portionem heredum, neque quartam Falcidiam extraneorum ita imminui omnino poſſe, ut legitimo lucro exuantur.*

gen; ſo findet doch in dem Falle eine Ausnahme Statt, wenn einem Gläubiger ſeine Forderung, als ein legatum debiti, dergeſtalt vermacht worden iſt, daß er ſich deswegen an einen der Miterben allein halten ſolle. Hier kann der Gläubiger bloß den ihm angewieſenen Erben in Anſpruch nehmen, wenn er das Legat fordern will, und dann braucht freylich auch den andern Miterben keine Sicherheit wegen der Schadloßhaltung beſtellt zu werden. Sollte er indeſſen, wozu ihn denn auch Niemand nöthigen kann, das Legat nicht annehmen, und daher, welches ihm allemal noch freyſteht, ſeine habende Forderung, ohne Rückſicht auf das Legat, verfolgen; ſo bleibt es bey der Regel. Der zur Bezahlung der Schuld angewieſene Miterbe behält dennoch dieſe Laſt, dem Willen des Erblaſſers gemäß, auf ſich, und muß daher den übrigen das, was ſie zu ihrem Antheile dem Gläubiger haben bezahlen müſſen, wieder erſtatten [79]). Dies, dünkt mir, iſt die ganz richtige Entwickelung der von Jenſius [80]) und Anton Faber [81]) ganz falſch verſtandenen Stelle der *L.* 20. §. 5. *D. h. t.* wo es heißt:

Papinianus ait: Si uni ex heredibus onus aeris alieni iniungitur *citra ſpeciem legati*, officio iudicis familiae erciſcundae cognoſcentis ſuſcipere eum id oportere: *ſed non ultra dodrantem portionis ſuae, ut quadrantem illibatum habeat.* Indemnes igitur coheredes ſuos praeſtare cavebit.

In

79) S. Weſtphals angef. Syſtem §. 723.

80) Strictur. ad Rom. iuris. Pandect. pag. 84.

81) Rational. in Pandect. ad h. L.

In den **Baſiliken** [82]) findet ſich zur Erläuterung dieſer Stelle nichts. Es heißt blos:

Ἐὰν ἑνὶ τῶν κληρονόμων ἐπιβληθῇ τὸ βάρος τῶν χρεῶν, ἀσφαλίζεται, ὅπι δίδωσιν αὐτὰ, σωζομένου μέντοι αὐτῷ τȣ̃ τετραȣγκίου τȣ̃ ἰδίȣ μέρους, i. e. *Si uni ex heredibus onus aeris alieni iniungitur, cavet ſe exſoluturum, ſalvo tamen triente portionis ſuae.*

Allein **Cyrillus** hat in den Scholien der **Baſiliken** folgende Paraphraſe, welche ich blos nach der Ueberſetzung des **Fabrots** [83]) hier anführen will:

Teſtator quidam uni ex heredibus omne onus aeris alieni iniunxit, nec verbis legati nec ſideicomiſſi uſus; fortaſſe enim dixit, creditores mei a ſolo Titio debita ſibi recipiant. Interrogatus Papinianus, qua actione Titius compelli poſſet a coheredibus, ut omne aes alienum diſſolveret, reſpondit, competere eis iudicium familiae erciſcundae. Quo inſtituto iudicis erunt partes, ut eum compellat, retento quadrante inſtitutionis ſuae in rationem Falcidiae ſemiſſem eius cum caetero quadrante creditoribus meis praeſtare: quia falcidiam teſtator deminuere non poteſt.

Uebernimmt ein Miterbe durch Vertrag eine Schuld allein, ſo gilt zwar eine ſolche Uebereinkunft zwiſchen den Miterben, nicht aber zum Nachtheil der Gläubiger, als welchen ihr Recht, gegen jeden der Miterben nach Proportion ihres Erbtheils zu klagen, ohne Novation nicht entzogen werden kann [84]). Es gehören hierher folgende Stellen.

82) Tom. V. pag. 673.

83) Tom. V. Βασιλικῶν. pag. 704.

84) voet h. t. §. 27.

L. 2. §. 5. *D. h. t.* In hoc iudicium, etſi nomina non veniunt, tamen ſi ſtipulationes interpoſita fuerint de diviſione eorum, ut ſtetur ei, et ut alter alteri mandet actiones, procuratoremque eum in ſuam rem faciat, ſtabitur diviſioni.

L. 23. *C. h. t.* Licet pacto diviſionis adverſus ſingulos actio pro hereditariis portionibus creditori parata mutari non poſſit: tamen ad exhibendam fidem his, quae convenerant, ſtipulationis et iuris adhibito remedio, qui placitum excedit, urgeri poteſt: cum et hoc omiſſo, ſi non contrarium conveniſſe probaretur, praeſcriptis verbis conveniri potuiſſet.

L. 40. §. 2. *D. de pactis.* Poſt diviſionem bonorum et aeris alieni ſinguli creditores a ſingulis heredibus, non interpoſitis delegationibus, in ſolidum, ut convenerat, uſuras acceptaverunt: actiones, quas adverſus omnes pro partibus habent, impediendae non erunt: ſi non ſinguli, pro fide rei geſtae, totum debitum ſingulis offerant.

L. 25. *C. de pact.* Debitorum pactionibus, creditorum petitio nec tolli, nec mutari poteſt.

Sollten auch einige von den Gläubigern den Theilungsvertrag der Miterben anerkannt haben, ſo ſind doch die übrigen daran nicht gebunden, ſondern dieſe können gegen jeden der Miterben noch immer nach Verhältniß ihres Erbtheils klagen. *Res enim inter alios geſtae aliis praeiudicum facere non poſſunt* [85]).

Stehen

85) *L.* 1. *Cod. Inter alios acta.* etc.

Stehen Capitalien mißlich, ſo daß ſchon zur Zeit der Theilung Gefahr iſt, daß ſie verlohren gehen könnten, ſo werden ſolche einſtweilen auf gemeinſchaftliche Gefahr noch in Gemeinſchaft behalten, und auf gemeinſchaftliche Koſten beygetrieben [86]).

§. 733.

Principien in Abſicht auf die Beſtimmung der Erbtheile. Kühreçht.

Die Erbtheilungsklage muß übrigens, als eine Univerſalklage, ſo verhandelt werden, daß durch das richterliche Erkenntniß nicht nur jeder der Miterben, die ſich gemeldet haben, und getheilt ſeyn wollen, ſeinen Antheil erhalte, ſondern auch der ganze Nachlaß dergeſtalt vertheilt werde, daß nichts übrig bleibt. Iſt das Erkenntniß nicht auf die ganze Erbmaſſe gerichtet oder die Theilung nicht unter den ſämmtlichen Miterben geſchehen, ſo iſt alles nichtig, was in der Erbtheilungsſache erkannt worden iſt.

PAULUS *Lib. I. Sententiar. Receptar.* Tit 18. §. 2. et 4. [87]) De omnibus rebus hereditariis iudex cognoſcere debet, celebrata diviſione, ut ſemel de omnibus pronunciet. — Iudex familiae erciſcundae nec inter paucos coheredes, ſed *inter omnes* dandus eſt; *alioquin inutiliter datur.*

L. 25. §. 20. *D. h. t.* Iudex familiae erciſcundae nihil debet indiviſum relinquere.

 L. 27.

86) S. von Trützſchler Anweiſung zur vorſichtigen und förmlichen Abfaſſung rechtlicher Aufſätze. 1. Th. 3. Hptabth. 4. Hptſt. §. 23. S. 530.

87) In SCHULTINGII Iurispr. Antejuſt. pag. 258.

L. 27. D. eodem. In hoc iudicio condemnationes et abſolutiones in omnium perſona faciendae ſunt: et ideo, ſi in alicuius perſona omiſſa ſit damnatio, in caeterorum quoque perſona, quod fecit iudex, non valebit: quia non poteſt ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere.

Viele [88]) erklären zwar dieſe Stelle mit Cujaz [89]) blos von perſönlichen Leiſtungen, weil die Theilung der Sachen ſelbſt durch Adjudication und Condemnation geſchieht. Allein der angeführte geſetzliche Grund iſt allgemein, und geht auch auf die Theilung der Sachen ſelbſt. Es kann indeſſen nur von ſolchen Sachen die Rede ſeyn, die den Gegenſtand der Klage ausmachten. Denn ſollten ſich in der Folge noch Sachen finden, die zur Erbſchaft gehören, und alſo nicht zur Theilung gekommen waren, ſo entſteht daraus keine Nichtigkeit deſſen, was der Erbtheilung wegen ſchon erkannt worden iſt, ſondern es kann nur noch wegen der übrigen Sachen communi dividundo geklagt werden [90]). Erſtreckt ſich die richterliche Sentenz auf die ganze Erbſchaft, es ſind aber Sachen mit zur Theilung gezogen worden, die kein Gegenſtand der Theilungsklage waren, noch ſeyn konnten; ſo iſt deswegen das Erkenntniß nicht ganz ungültig, ſondern es gilt nur in Anſehung dieſer Sachen nicht [91]). Dieſer Fall muß alſo von jenem wohl unterſchieden werden, da das Erkenntniß unvoll-

88) *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaeſt. Lib. I. cap. 38. *Io.* VOET Commentar ad Pand. h. t. §. 25. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 241. *Ant.* SCHULTING Theſium controverſar. Decad. XXIX. Th. 7. und POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XCVI. not. i. pag. 320.

89) Obſervation. Lib. XXIII. cap. 1.

90) *L. 20. §. 4. D. h. t.*

unvollſtändig iſt, und nicht alles unter ſich begreift, was zum Gegenſtand der Klage war gemacht worden. Hier gilt die Sentenz nicht. Mit Recht ſagt Greve [92]): *Quodſi quaedam res indiviſae relictae ſunt, iudicio quidem communi dividundo agetur; ſed iudex de rebus in iudicium deductis non pro parte, ſed integre pronunciare debet, ex uno enim iudicio non poteſt res iudicata in partem valere, et in partem non valere, h. e. ſententia non poteſt ſcindi in partes, ita ut de ea re, quae in iudicium venit, partim iudicetur, partim non iudicetur, imo propter partem, quae omiſſa eſt, etiam pars, de qua iudicatum eſt, pro non iudicata habetur.* Eben ſo Brunnemann [93]): *Licet actio haec inter pauciores coheredes ex pluribus inſtitui poſſit* [94]); *inter eos tamen coheredes, qui in iudicio agunt, et ſuper iis rebus, quae in iudicium deductae, plena debet eſſe ſententia, ut neque perſona, neque res in iudicium deducta omittatur; alias neque in caeteris rebus valebit, licet res quaedam ſingulares, ſuper quibus hoc iudicium non verſatur, indiviſae relinqui poſſint. Nam ſunt diverſae quaeſtiones: An de diverſis rebus, altera bene, altera male iudicatum ſit? Et an de re una vel altera plane non iudicaverit, cum tamen fuerit in iudicium deducta.* Eben ſo erläutert auch Wiſſenbach [95])

91) *L.* 41. *D. h. t. L.* 24. *D. de iure patronat.*

92) *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora. Exercit. X. §. 19. pag. 256.

93) Commentar. ad Pandect. h. t. ad L. 27. cit. nr. 1. et 2.

94) *L.* 2. §. 4. *D. h. t.*

bach [95]) die oben angeführte *L. 27. h. t.* wenn er ſagt: *Unum iudicium non poteſt ſcindi in partes, ita ut de ea re, quae deducta eſt in iudicium, partim iudicetur, partim non iudicetur: ſed quae tota cauſa in iudicium deducta eſt, totam etiam ſententia iudicis dirimi oportet. Plena eſſe debet ſententia iudicis* [96]) *Semiplena non valet.* Hiermit ſtimmt endlich auch **Weſtphal** [97]) überein, welcher ſagt, es ſey nicht nöthig, die *L. 27. h. t.* mit Cujaz blos von den perſönlichen Leiſtungen zu verſtehen. Der Grund der Stelle ſey allgemein, und gehe alſo auch auf die Theilung der Sachen ſelbſt.

Soviel hiernächſt die Principien ſelbſt anbetrift, wornach die Theile der Erbſchaft überhaupt zu beſtimmen ſind, ſo kommt es zuvörderſt darauf an, ob die Miterben ab inteſtato, oder ex teſtamento ſuccediren. In dem erſten Falle treten die Grundſätze von der Vertheilung der Erbſchaft unter die Inteſtaterben ein, nach welchen die Erbſchaft bald nach den Köpfen, bald nach den Stämmen, bald nach den Linien zu vertheilen iſt. In dem letztern Falle hingegen iſt zunächſt darauf zu ſehen, ob der Teſtator etwa ſelbſt jedem Erben ſeinen Antheil angewieſen habe. Dann bleibt es bey dieſer Vertheilung. Sollte aber der Teſtator nur einen Theil des Nachlaſſes unter ſeine Erben vertheilt haben; ſo bleibt dem Theilungsrichter blos der Reſt zu vertheilen übrig, ohne an den vom Teſtator ſelbſt gemachten Theilen etwas ändern zu dürfen [98]).

Es

95) Exercitation. ad L. Pand. libros Disp. XXII. Th. 10. pag. 226. ſq.

96) *L. 19. §. 1. D. de recept. arbitr.*

97) S. Weſtphals angef. Syſtem von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 693.

98) *L. 10. C. h. t. L. 10. Commun. utriusq. iudicii. L. 21. C. h. t.*

Es müßten denn ſo viel Schulden da ſeyn, daß der Reſt nicht zureicht, oder aber ein Notherbe in ſeinem Pflichttheile verkürzt ſeyn [99]). Ausserdem wird der Ueberreſt nach dem Verhältniß der Erbantheile vertheilt, wofern nicht etwa den einzelnen Erben, ſtatt idealer Theile, nur einzelne Sachen wären angewieſen worden. Denn dieſe erhalten ſie ſodann als ein Prälegat [100]). Hätte hingegen der Vater eine Theilung unter ſeinen Kindern ab inteſtato gemacht, und einige Stücke ungetheilt gelaſſen, ſo befolgt zwar der Richter den Willen des Vaters, wegen der noch ungetheilten Stücke hingegen richtet er ſich nach der Inteſtaterbfolge, als welche durch die Theilung unter den Kindern in Anſehung der noch ungetheilten Sachen nicht gehindert wird [1]). Hat der Teſtator die Erben ohne Beſtimmung gewiſſer Theile inſtituirt, ſo wird die Verlaſſenſchaft in gleichen Theilen unter ſie vertheilt, jedoch ſtellen mehrere in derſelben Propoſition genannte Erben in Rückſicht anderer nur eine Perſon vor [2]). Es ſind daher nur ſo viel Theile

99) *L.* 35. §. 1. *D. de hered. inſtit.*

100) *L.* 9. §. 13. *L.* 35. §. 1. *D. de hered. inſtit. L.* 77. §. 8. *D. de legat. I.* S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. und *Ant.* SCHULTING Theſium controv. Decad. XXVIII. Th. 10.

1) *L.* 11. *L.* 21. *C. h. t. L.* 32. *D. h. t.* Der Ausdruck *portio hereditaria* bedeutet in dieſen Stellen ſoviel als Inteſtaterbtheil. S. *Hub.* GIPHANII Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 21. C. h. t. Verb. *Pro virili praeterea portione.* pag. 184. *Io. Iac.* WISSENBACHII Exercitat. ad Pand. Disput. XXII. Th. 11. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit. X. Th. 18. in fin. pag. 255. Man ſehe auch, was davon oben S. 31. Not. 92. und S. 32. Not. 94. vorgekommen iſt.

2) *L.* 11. *D. de heredib. inſtit.*

Theile zu machen, als der Teſtator Sätze gemacht hat, wofern nicht aus andern Umſtänden das Gegentheil zu ſchlieſſen iſt [3]).

In Rückſicht der einem Jeden insbeſondere zuzutheilenden Sachen müſſen die Erben, ſofern der Teſtator hierüber nichts beſtimmt hat, mit einander übereinkommen, welches Stück jedem von ihnen zu Theil werden ſoll. Wäre aber eine ſolche Uebereinkunft nicht möglich, ſo muß die Sache durch das Loos entſchieden werden [4]). Nach gemeinen Rechten ſteht alſo keinem der Miterben vor dem Andern ein Wahlrecht zu. Es bringt vielmehr die Natur der Erbtheilungsklage, als eines iudicii bonae fidei, mit ſich, daß die vollkommenſte Gleichheit unter den Miterben beobachtet werde [5]). Zuweilen kann jedoch bey Erbtheilungen ein beſonderes Recht Statt finden, welches man das Kührrecht nennt, nach welchem überhaupt unter mehreren Erben, wenn der Erblaſſer keine Theilung gemacht hat, der ältere theilt, und der jüngere wählt; unter mehreren Erben verſchiedenen Geſchlechts aber die Frauensperſon die Theile macht, und die Mannsperſon ohne Rückſicht auf Alter

3) *L.* 13. *pr. D. eodem.* wo geſagt wird, die Formel *aeque heredes ſunto*, deute an, omnes ex virilibus partibus inſtitutos. Man ſehe jedoch über die heutige Anwendbarkeit dieſer römiſchen Verordnungen Höpfners Commentar über die Inſtitutionen. §. 494. S. 556.

4) *L.* 2. *C. Quando et quibus quarta pars. Nov.* 162. *cap.* 3.

5) *L.* 9. *et* 11. *Cod. fam. erciſc. L.* 4. *C. communi divid. Chriſt. Lud.* CRELLII Diſſ. de praeſumtione aequalitatis in iudiciis diviſoriis. *Vitemb.* 1735. §. 7.

ter die Wahl hat [6]). Es iſt aber dieſes Recht ein bloßes teutſches Partikularrecht, welches aus dem gemeinen Rechte nicht gründlich erwieſen werden kann [7]); obwohl nicht zu läugnen iſt, daß ſchon unter den Alten, ſowohl römiſchen Philoſophen [8]) als Kirchenvätern [9]), mehrere bei Theilungen es der Billigkeit und der Natur der Sache gemäß erachtet haben, wenn dem Aeltern die Theilung, dem Jüngern aber die Wahl überlaſſen werde; weil dem erſtern mehr Kenntniß und Erfahrung zugetrauet werden kann, um die Erbſchaft nach einem richtigen Verhältniß in gleiche Theile abzutheilen, und alsdann keiner ſich beſchweren kann, wenn dem Jüngern die Freyheit, einen Theil für ſich zu wählen,

6) *Io. Volckm.* BECHMANN Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa optionem minoris heredis. *Ienae.* 1673. *Ad.* REIZER Diſſ. de eo, quod circa optionem filii natu minoris prae natu maiore in hereditatis paternae diviſione iuſtum eſt: ſive brevis exegeſis iuridica in notum iſtud diverbium; *Major dividit, minor eligit.* Bambergae 1762. und Pütter über das ſogenannte Kührrecht bey brüderlichen Erbtheilungen; in Deſſelben Erörterungen und Beyſpielen des teutſchen Staats - und Fürſtenrechts 1. Band. 9. Erört. S. 447. ff.

7) S. CUJACIUS in Commentar. ad tres poſtrem libros. Cod. Lib. X. Tit. 34. L. 2. in fin. et in Obſervat. Lib. XIII. cap 24. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 35. *Rad.* FORNERIUS Rerum Quotidianar. Lib. V. cap. 22. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. II. pag. 273.) *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Decad. XXIX. Th. 4.

8) SENECA *Declamat. VI.* 3. et *de Benefic. V.* 16. *Sulpit.* VICTOR *Inſtitut. orator.*

9) AUGUSTINUS *de civitate Dei Lib. XVI. c.* 20. und AMBROSIUS *de Abrahamo* Lib. I. cap. 3.

wählen, geſtattet wird. Zwar haben ſich die Canoniſten [10]) vorzüglich bemüht, die Gemeingültigkeit des Kührrechts aus dem kanoniſch päbſtlichen Geſetzbuche zu begründen; ſie haben ſich deswegen beſonders auf das *Cap.* 1. *X. de parochiis* berufen, nach welchem zur Theilung eines Biſthums zwiſchen einem, von dem Abwege der Ketzerey zurückgekehrten, und dem inzwiſchen an ſeine Stelle geſetzten neuen Biſchoffe durch die Verordnung einer afrikaniſchen Kirchenverſammlung vom Jahre 418. die Vorſchrift ertheilt worden, *ut ille dividat, qui amplius temporis in Episcopatu habet, et minor eligat.* Es leuchtet jedoch Jedem in die Augen, daß dieſer Text gar nicht hierher gehöre, ſondern von einem ganz andern Falle rede. Indeſſen iſt dennoch jenes Recht bey Erbtheilungen in mehreren teutſchen Ländern unter dem Anſehen des kanoniſchen Rechts, und ſeiner Lehrer üblich geworden, ſo wie inſonderheit in Sachſen ſowohl bey Lehn. als andern Gütern unter Adelichen, Bürgern und Bauern bis auf den heutigen Tag noch darauf gehalten wird [11]). Doch iſt das Kührrecht nie zu einer allgemeinen Regel in Teutſchland geworden. Wer ſich alſo bey Erbtheilungen, auſſerhalb Sachſen, darauf beruft, muß beweiſen, daß es an dem Orte eingeführt ſey [12]). Es fällt dieſes Recht auch dann weg, wenn der Jüngere, dem es zuſteht, vor der Thei-

10) GONZALEZ TELLEZ Commentar. ad Decretal. Lib. III. Tit. 29. Cap. 1. Tom. III. pag. 573.

11) CARPZOV Iuriſpr. for. P. III. Conſt. XV. Def. 24. von Trützſchler Anweiſung zur vorſichtigen und förml. Abf. rechtl. Aufſätze 1. Th. 3. Hauptabth. 4. Hptſt. §. 22. Not. c.

12) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXV. medit. 7. BOEHMERI Conſultat. Tom. II. P. I. Reſp. DCXCIV. Qu. 1. nr. 14.

Theilung ſtirbt [13]), oder ſich deſſelben gegen eine gewiſſe Abfindungsſumme begiebt, welche man das Kührgeld zu nennen pflegt [14]).

§. 734.

Wirkung einer geſchehenen Erbtheilung. In wiefern kann ſie angefochten werden?

Iſt nun die Erbtheilung geſchehen, ſo beſtehen die Wirkungen derſelben darin.

1) Ein jeder Erbe erhält dadurch das ausſchließende Eigenthum an den ihm zu Theil gewordenen Sachen. Dieſes Eigenthum geht durch Adjudication ſogleich und von dem Augenblick an auf den Erben über, da ihm die Sache durch das richterliche Urtheil zugeſprochen worden iſt. Iſt hingegen die Theilung durch eine bloße Uebereinkunft der Intereſſenten geſchehen, ſo wird das ausſchließende Eigenthum erſt durch die Uebergabe erworben. Jenes beſtätiget die Stelle in den Inſtitutionen §. 7. *I. de officio iudic.*

Quod autem iſtis iudiciis alicui adjudicatum fuerit, *id ſtatim eius ſit, cui adiudicatum eſt* [15]).

Letzteres

13) S. Bechmann cit. Diſſ. Cap. VI. §. 6. und REIZER Diſſ. cit. §. 38.

14) S. Joh. Fried. Eiſenharts Grundſätze der deutſchen Rechte in Sprüchwörtern 3. Abth. Nr. XVI. §. 3. S. 310.

15) ULPIAN *Fragm. Tit. XIX.* §. 16. ADIUDICATIONE dominia nanciſcimur per formulam familiae erciſcundae, quae locum habet inter coheredes.

Letzteres aber erhellet aus *L.* 15. *Cod. h. t.* wo die Kaiſer Diocletian und Maximian folgendes reſcribiren.

Si diviſionem conventione factam etiam *poſſeſſio* conſenſu ſecuta, *pro ſolido dominium rerum*, quas pertinere ad patrem tuum placuit, *ei firmavit:* earum vindicationem habere potes, ſi patri ſucceſſiſti. Si vero placitum diviſionis usque ad pactum ſtetit: arbiter familiae erciſcundae iudicio vobis datus, communionem inter vos finiri providebit.

Deutlicher iſt dieſes Geſetz in den Baſiliken [16]) gefaßt, wo es folgendermaßen lautet:

Η κατὰ συναίνεσιν γενομένη διαίρεσις, ἐὰν καὶ παράδοσις παρακολουθήσῃ, δεσπότην ἕκαστον ποιεῖ τῶν ἐπιλαχόντων αὐτῷ πραγμάτων. ἐὰν δὲ μὴ γένηται παράδοσις, ἀνάγκη κινηθῆναι τὸ διαιροῦν τὸν κλῆρον δικαστήριον· ἵνα ἐκεῖ διαιρεθῇ τὰ ἀπὸ τῆς κληρονομίας ἐπίκοινα πράγματα. i. e. *Diviſio conventione facta, ſi traditio quoque ſecuta ſit, unumquemque rerum, quae ei obtigerunt, dominum facit. Si vero traditio nulla fiat, iudicio familiae erciſcundae agi neceſſe erit, per quod res communes hereditariae dividantur.*

2) Die Miterben müſſen einander in Anſehung der auf einen jeden zu ſeinem Antheile gefallenen Sachen die Gewähr leiſten, d. h. wenn einem Miterben Sachen, die auf ſein Loos gefallen ſind, entwährt werden, ſo ſind die übrigen Erben verbunden, jenen nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile für den erlittenen Verluſt zu entſchädigen.

Weſt-

16) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Conſtit. 72. pag. 691.

Weſtphal [17]) leitet dieſe Verbindlichkeit daher, weil die Theilung bald als ein Tauſch, bald als ein Kauf anzuſehen iſt [18]), bey dieſen Contracten aber die Gewähr vermöge der Natur derſelben geleiſtet werden müſſe. Allein das in den Geſetzen ſelbſt ausgedrückte wahre Princip dieſer gegenſeitigen Gewährleiſtung iſt *aequum ius*, Gleichheit der Rechte. Hierin beſteht die Billigkeit, welche die Seele der Theilungen iſt [19]). Nur in Anſehung der wegen der Gewährleiſtung ſtatt habenden Klage kommt jener Umſtand in ſo weit in Betrachtung, daß die Klage entweder die *actio praeſcriptis verbis* oder die *actio emti* iſt. Die hierher gehörigen Stellen ſind:

L. 14. *Cod. h. t.* Si familiae erciſcundae iudicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum *aequo iure* diviſa ſunt, nihil ſuper evictione rerum ſingulis adjudicatarum ſpecialiter inter vos convenit, id eſt, ut unusquisque eventum rei ſuscipiat: *recte poſſeſſionis evictae detrimentum fratrem et coheredem tuum pro parte agnoſcere*, Praeſes provinciae *per actionem praeſcriptis verbis* compellet.

L. 7.

17) Syſtem von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 834. u. 835.

18) *L.* 1. *C. Commun. utriusq. iudicii.*

19) *L.* 11. *L.* 14. *C. h. t. L.* 4. *C. Communi divid. L.* 3. *C. Commun. utriusq. iudic.* S. CRELLII Diſſ. de praeſumtione aequalitatis in iudiciis diviſoriis §. 6. et 7. und Ebendeſſelben Diſſ. Utrum diviſio per ſortitionem facta ob laeſionem reſcindi poſſit? *Vitemb.* 1743. §. 2. circa fin. und SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 1. Bd. S. 129.

L. 7. Cod. Commun. utriusque iudic. Si fratres veſtri pro indiviſo commune praedium citra veſtram voluntatem obligaverunt, et hoc ad vos ſecundum pactum diviſionis, nulla pignoris facta mentione, pervenit: evictis partibus, quae ante diviſionem ſociorum fuerunt, in quibus obligatio tantum conſiſtit, ex ſtipulatu, ſi interceſſit: alioquin, quanti intereſt, praeſcriptis verbis contra fratres agere poteſtis. Nam ſi fundi, ſcientes obligationem, dominium ſuſcepiſtis, tantum evictionis promiſſionem ſolennitate verborum, vel pacto promiſſam probantes, eos conveniendi facultatem habebitis.

Es ergiebt ſich zugleich aus dieſen Stellen, daß die Verbindlichkeit zur Evictionsleiſtung wegfällt, wenn auf dieſe Forderung Verzicht gethan worden iſt, welches ſowohl ausdrücklich als ſtillſchweigend geſchehen kann, wenn nämlich der Miterbe von dem Anſpruche des Dritten auf der ihm zugetheilten Sache wußte, und die Sache übernahm, ohne ſich wegen der Gewährleiſtung vorzuſehen [20]). Auf jeden Fall kann auch der Evictus nur das fordern, was er ohne ſeine Schuld durch die Eviction verlohr. Denn was er durch Einreden gegen den Evincenten retten konnte, und doch nicht rettete, dafür kann er keine Entſchädigung fordern, wenn anders der Miterbe nicht in dolo

20) S. Weſtphals angef. Syſtem §. 835. Nach dem franzöſiſchen Civilrechte findet kein ſtillſchweigender Verzicht auf Gewährleiſtung Statt. *Cod. Napol.* Art. 885. S. *Kar. Sal.* ZACHARIAE Handb. des französ. Civilrechts 2. Bd. §. 353. S. 191.

dolo war [21]). Auch iſt der Zufall, wodurch die dem einen Miterben zugetheilte Sache vor der Eviction am Werthe verlohren hatte, den übrigen Miterben unnachtheilig [22]). Sie erſetzen dem entwährten Erben in dieſem Falle nur verhältnißmäßig den jetzigen Werth, den die Sache zur Zeit der Eviction noch hatte. Der Schade iſt hier blos auf ſeiner Seite [23]). Hatte hingegen der Erbe die evincirte Sache auf ſeine Koſten verbeſſert, ſo muß ihm dieſe Verbeſſerung, ſo fern er deswegen keine Vergütung von dem Evincenten erhalten hat, von den übrigen Miterben verhältnißmäßig vergütet werden. Außerdem bleibt es bey dem Werthe, für welchen die evincirte Sache dem Miterben bey der Theilung zugeſchlagen worden iſt [24]). Folgende Stelle ſetzt dieſes alles außer Zweifel.

L. 66. §. 3. D. de Evictionib. Diviſione inter coheredes facta, ſi procurator abſentis interfuit, et dominus ratam habuit, evictis praediis in dominum actio dabitur, quae daretur in eum, qui negotium abſentis geſſit, ut, quanti ſua intereſt, actor conſequatur: ſcilicet *ut melioris aut deterioris agri facti cauſa finem pretii, quo fuerat tempore diviſionis aeſtimatus, deminuat vel excedat.*

Wächtler

21) *L.* 45. §. 1. *D. de actionib. emti et venditi.*

22) *L.* 45. *pr. D. de act. emti vend.*

23) *L.* 70. *D. de evictionib.*

24) S. *Io. Sam. Frid.* BOEHMERI Diſſ. de computatione pretii in evictionis praeſtatione. *Halae* 1745. und SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 2. Bd. S. 128. ff.

Wächtler[25]) hat alſo offenbar unrecht, wenn er glaubt, daß der Preis, für welchen die Sache dem Erben bey der Theilung zugeſchlagen worden iſt, ihm auch dann von den übrigen Miterben verhältnißmäßig vergütet werden müſſe, wenn auch ſchon die Sache durch ſeine Nachläſſigkeit zur Zeit der Eviction an ihrem Werth verlohren gehabt hätte. Der von ihm aufgeſtellte Satz: *Pretium, tempore diviſionis determinatum, immutabile et perpetuum eſt*, ſtreitet gegen Recht und Billigkeit; und der Grund: *Oritur laeſio non hodie, ubi fundus evincitur, ſed tantum manifeſtatur; ſuberat autem ipſo tempore factae diviſionis, quo adhuc incertum erat, melior an deterior evaſurus fundus apud ipſum foret;* iſt gar keiner Widerlegung werth, da ſo klare Geſetze *L.* 66. §. 3. *L.* 70. *D. de evict. L.* 45. *pr. D. de act. emti vend.* ihm entgegen ſtreiten.

Uebrigens iſt die Verbindlichkeit zur gegenſeitigen Gewährleiſtung unter den Miterben ſo feſt gegründet, daß es dem Theilungsrichter ſogar zur Pflicht gemacht wird, bey der Adjudication zugleich wegen der Gewährleiſtung auf die Sicherheit derer bedacht zu ſeyn, denen er die Sachen zuerkennt.

L. 25. §. 21. *D. h. t.* Item curare debet, *ut de evictione caveatur* his, quibus adiudicat.

3) Eine einmal gemachte und vollzogene geſetzmäßige Erbtheilung kann in der Regel von den Erben nicht angefochten, und umgeſtoßen werden.

L. 8.

25) Opuſc. iuridico-philolog. a *Chr. Henr.* TROTZ edit. *Trajecti ad Rhen.* 1733. 8. pag. 153. ſq.

L. 8. *Cod. Communun. utriusque iudic.* Si inter vos maiores annis viginti quinque rerum communium diviſio, relicta vel translata poſſeſſione, finem accepit: inſtaurari mutuo bona fide terminata conſenſu minime poſſunt.

Ausnahmen finden Statt,

a) wenn die Theilung unter einer Bedingung beliebt worden iſt, und der andere Theil nachher dieſe Bedingung nicht erfüllen will [26].

b) Wenn ein Theil den andern aus Irrthum für einen Miterben gehalten hat. Jedoch macht das Römiſche Recht einen Unterſchied, ob die Theilung durch richterliche Adjudication geſchehen iſt, oder nicht. In jenem Falle ſoll die Theilung nicht angefochten werden können, in dieſem aber wird die condictio indebiti geſtattet, um das zurück zu fordern, was der falſche Erbe von der Erbſchaft erhalten hat. Hierher gehört die *L.* 36. *D. h. t.* wo **Paulus** ſagt:

Cum putarem, te coheredem meum eſſe, idque verum non eſſet, egi tecum familiae erciſcundae iudicio: et a iudice invicem adiudicationes et condemnationes factae ſunt: Quaero, rei veritate cognita, utrum condictio invicem competat, an vindicatio: et an aliud in eo, qui heres eſt; aliud in eo, qui heres non ſit, dicendum eſt? Reſpondi: Qui ex aſſe heres erat, ſi, cum putaret, ſe Titium coheredem habere, acce-

 perit,

26) *L.* 6. *C. Commun. utriusq. iudicii.* S. Weſtphals Syſtem §. 841.

perit cum eo familiae erciſcundae iudicium, et condemnationibus factis ſolverit pecuniam, *quoniam ex cauſa iudicati ſolvit*, repetere non poteſt. Sed tu videris eo moveri, quod non eſt iudicium familiae erciſcundae, niſi inter coheredes, acceptum: ſed, quamvis non ſit iudicium, *tamen ſufficit ad impediendam repetitionem, quod quis ſe putat condemnatum*. Quod ſi neuter eorum heres fuit, ſed, quaſi heredes eſſent, acceperint familiae erciſcundae iudicium, de repetitione idem in utrisque dicendum eſt, quod diximus in altero. Plane ſi ſine iudice diviſerint res, etiam condictionem earum rerum, quae ei ceſſerunt, quem coheredem eſſe putavit, qui fuit heres, competere dici poteſt: non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem eſſe putaverit.

Der Geiſt dieſer Stelle iſt in den Baſiliken[27]) auf folgende Art dargeſtellt:

Εαν̀ ἐις ὁλόκληρον ὤν κληρονόμος, καὶ νομίζων σȣ συγκληρονόμον μοι εἶναι, διέλωμαι μετὰ σοῦ ἐν δικαςηρίῳ, καὶ δώσω σοί τινα ὡς ἀπὸ καταδίκης, ȣ̓κ ἔχει χῶραν ὁ ἐπὶ τοῖς μὴ χρεωςουμένοις ἀπαιτητικὸς λόγος, κἄν γαρ ὀυ συνὶςαται τὸ διαιροῦν τὸν κλῆρον δικαςήριον μεταξὺ τῶν μὴ ἀληθῶς κληρονόμων, ὃμως καὶ τὰ ἐν ὑπονοίᾳ καταδίκης καταβληθέντα ȣ̓κ ἀναλαμβάνεται. τὸ ἀυτὸ λέγομεν, κἄν μηδεὶς ἡμῶν τῆν ἀληθὴς κληρονόμος. ἐι δὲ χωρὶς δικαςηρίου διειλόμεθα, χῶρα τῆ ἀπαιτήσει ἐπὶ τȣ̃ ἀληθοῦς κληρονόμου. διαλύεσθαι γὰρ ὀυ δοκεῖ ὁ κληρονὸμον ὑπολαμβὰνον τὸν μὴ ὄντα i. e. *Si cum ex aſſe heres eſſem, teque coheredem habere exiſtimarem, accepto*

27) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Conſt. 35. pag. 680.

cepto arbitro familiae erciſcundae, quaedam ſolvero velut ex cauſa iudicati, indebiti condictioni locus non eſt. Quamvis enim iudicium familiae erciſcundae non conſiſtat niſi inter veros heredes, tamen quae quis opinione iudicati ſolvit, non repetuntur. Idem dicimus, quamvis neuter noſtrum verus heres fuit. Sin autem ſine iudicio diviſerimus res, vero heredi indebiti condictio competit. Non enim transigere videtur, qui putavit heredem eſſe, qui non erat.

Man ſieht hieraus, daß das ganze Gewicht der geſetzlichen Entſcheidung auf dem Anſehung und der Wirkung beruhet, welche in den Geſetzen überhaupt der Rechtskraft beygelegt wird. Die gemeine Wohlfahrt erfordert es freylich, daß die Rechtshändel ein gewiſſes Ziel haben, und die Partheyen ſich bey dem begnügen müſſen, was rechtskräftige Erkänntniſſe mit ſich bringen [28]). Daher muß in Gerichten das als wirkliches Recht oder Unrecht angeſehen und behandelt werden, was einmahl förmlich dafür erkannt worden iſt, wenn auch wirklich die Sache ſich ganz anders verhalten ſollte. Sehr beſtimmt ſagt Ulpian *L. 25. D. de ſtatu hom.* Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo ſententia lata eſt, *quamvis fuerit libertinus*, quia res iudicata pro veritate accipitur. Aus dem nämlichen Grunde muß denn auch das rechtskräftige Urtheil, wodurch Jemand für einen Miterben erklärt worden, der es wirklich nicht iſt, einen vollgültigen Beweis für ihn ausmachen, daß er dafür zu halten ſey, wenn auch das Gegentheil

28) *L. 63. §. 2. D. ad SCtum Trebell.* Cum Praetor, cauſa cognita, per errorem vel etiam ambitioſe iuberet hereditatem ut ex fideicommiſſo reſtitui: *etiam publice intereſt reſtitui, propter rerum iudicatarum auctoritatem.*

gentheil erwieſen werden könnte. Denn nach dem Ausſpruche Ulpians *L.* 56. *D. de re iudicata* ſoll nach rechtskräftig entſchiedener Sache durchaus alle weitere Unterſuchung über Recht und Unrecht des ſtreitigen Gegenſtandes als unzuläſſig zu verwerfen ſeyn. Poſt rem iudicatam nihil quaeritur. — Daß auch der Irrthum in der Regel die Rechtskraft nicht hindere, und daß dasjenige, was aus Irrthum, aber doch vermöge eines rechtskräftigen Urtheils, bezahlt worden iſt, nicht zurückgefordert werden könne, erhellet auch aus neuern Geſetzen. *L.* 1. *C. de condict. indebiti* ſagt: Pecuniae indebitae *per errorem*, *non ex cauſa iudicati ſolutae*, eſſe repetitionem iure condictionis, non ambigitur.

Durch dieſe Gründe, welche auch wirklich in dem Geſetz ſelbſt liegen, unterſtützen nun auch die meiſten Ausleger [29]) die Entſcheidung des Paulus. Es iſt indeſſen nicht zu läugnen, daß ihr ſehr erhebliche Zweifel entgegen ſtehen, wie inſonderheit Voet [30]) und Weſtphal [31]) gezeigt haben. Denn 1) kann doch nur dasjenige für rechtskräftig entſchieden gehalten werden, worüber unter den Partheyen geſtritten worden iſt. Nun iſt aber in dem Falle, da man gegen einen vermeinten Miterben auf Theilung geklagt

29) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad L. 36. D. h. t. *Io.* VOET Comment. ad Pand. §. 34. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit. X. Th. 21. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 9. *Ant.* SCHULTING Theſ. Controverſ. Dec. XXVIII. Th. 6.

30) Comm. ad Pand. §. 34.

31) Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 840. S. 513. f.

geklagt hat, die Frage, ob der Beklagte wirklich Miterbe ſey, gar nicht zum Streit gekommen; ſie konnte folglich auch durch die Adjudication nicht entſchieden werden. Der Richter erkannte alſo nur unter der Vorausſetzung, daß das Erbrecht unter den Partheyen für anerkannt und als unbezweifelt anzunehmen ſey, über die Vertheilung der Erbſchaft. Hierzu kommt 2) daß eine richterliche Sentenz, wenn ſie auch die Rechtskraft ſchon erreicht haben ſollte, dennoch reſcindirt werden kann, wenn ſie auf falſche Beweismittel gebauet war, welche der Richter und die Partheyen für ächt hielten. *L. 3. C. Si ex falſis inſtrumentis vel teſtimon. iudicat. ſit.* Ein gleiches muß alſo auch in dem Falle gelten, wenn die Sentenz auf einem ſo offenbaren Irrthume beruhet, von welchem das Geſetz redet. Es kann daher keinem Zweifel unterworfen ſeyn, daß auch dem wahren Erben, nach entdecktem Irrthume, das Recht zuſtehen müſſe, gegen ſeine Handlung der gerichtlich geſchehenen Anerkennung des falſchen Erben, und die hierauf gebauete richterliche Sentenz, die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand um ſo mehr zu ſuchen, da der entſchuldbare Irrthum überhaupt als eine gerechte Urſache der Reſtitution geſetzlich anerkannt iſt [32]).

c) Kann eine Erbtheilung auch wegen erlittener Verletzung angefochten werden. Es iſt hier vor allen Dingen zu bemerken, daß die Verletzung auf eine zweyfache Art gedacht werden könne. Ein Miterbe kann

1) durch eine unrichtige Taxe der ihm in der Theilung zugefallenen Sachen verletzt worden ſeyn. Z. B. Es iſt ihm

32) *L. 2. D. de in integr reſtitut.* S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3057.

ihm ein Acker, der nur 1000 fl. werth iſt, für 1500 fl. angeſchlagen worden. Wir wollen dieſe Läſion der Kürze wegen eine Verletzung im Anſchlage nennen.

2) Ein Miterbe kann auch dadurch verletzt worden ſeyn, daß ihm bey einem ganz richtigen Anſchlage der zugetheilten Sachen dennoch ein kleinerer Theil zugefallen iſt, als ihm an der Erbſchaft gebührt. Z. B. mir gebührt die Hälfte der Erbſchaft, dieſe beträgt 6000 fl. Nun wird meinem Miterben ein Haus und ein Acker zugetheilt, wovon jenes 4000 dieſer 3000 fl. nach einem richtigen Anſchlage werth iſt, ich hingegen habe eine Wieſe und einen Weinberg zu meinem Antheil erhalten, wovon dieſer nach einem richtigen Anſchlage 3000 jener aber nur 2000 fl. werth iſt. Man kann dieſe Verletzung eine Verletzung im Antheile nennen.

Beyde Arten der Verletzung können entweder einen dolus oder einen Irrthum zum Grunde haben. Hiernächſt ſind nun folgende Fälle zu unterſcheiden.

I. Die Erbtheilung iſt gerichtlich geſchehen, d. h. es iſt, nach vorher angeſtellter Erbſonderungsklage, über die Theilung geſtritten, und dieſer Streit durch richterliches Erkenntniß entſchieden worden. Hier iſt wieder zu unterſcheiden

A. die Verletzung iſt durch einen Dolus verurſacht worden, und zwar entweder

1) des Richters ſelbſt, und dann war die Urſache dieſer Partheylichkeit entweder

a) eine Beſtechung des Richters. Hier iſt das richterliche Urtheil ſchon von ſelbſt null und nichtig [33]), und

33) *L. 7. C. Quando provocat. non eſt neceſſ.*

und der Richter kann noch überdies beſtraft werden [34]. Oder

b) der Richter war nicht beſtochen, durch deſſen Partheylichkeit ein Miterbe verletzt worden iſt. Hier iſt das richterliche Urtheil zwar an ſich nicht ungültig, und wird daher, wenn kein Rechtsmittel dagegen eingewendet worden, in Rückſicht der Miterben rechtskräftig [35]. Allein kann der Richter einer vorſetzlichen Partheylichkeit überführt werden, ſo kann ihn der Verletzte actione in factum, oder actione male iudicati auf den Erſatz des verurſachten Schadens belangen [36].

2) Die Verletzung iſt durch den Dolus des andern Miterben geſchehen. Hier iſt zwar das Urtheil nichtig [37]; doch kann auch der verletzte Theil daſſelbe gelten laſſen, in ſoweit er nicht verletzt iſt [38].

B. Wenn hingegen bey einer gerichtlichen Theilung die Verletzung durch Irrthum geſchehen iſt, ſo iſt zwar außer Zweifel, daß, wenn der Irrthum noch innerhalb der

34) *Nov. CXXIV. Cap.* 2. *et Auth.* Novo iure. *Cod. de poena iudic. qui male iudicavit.* VOET Comm. ad Pand. Lib. V. Tit. 1. §. 58. und *Io. Adr.* MEURS Diſſ. de inaequali hereditatis diviſione corrigenda. Cap. IV. §. 2. in fin. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. iurid. Belgicar. Vol. III. T. I. pag.* 347.)

35) *L.* 65. §. 2. *D. ad SCtum Trebell. L.* 27. *D. de re iudic.*

36) L. 15. §. 1. *D. de iudic.* L. *ult. et Auth.* Novo iure *Cod. de poena iud. qui male iudic.*

37) L. 8. *C. de Collat.*

38) L. 13. §. 5. *D. de act. emti vend. Ger.* NOODT de forma emendandi doli mali Cap. 9. §. *Illud.* Tom. I. *Oper.* pag. 366.

der zehntägigen Appellationsfriſt entdeckt wird, ein Rechtsmittel gegen den richterlichen Spruch eingewendet werden könne. Ob aber auch noch nach Ablauf dieſer Friſt die richterliche Theilung wegen eines dabey vorgefallenen Irrthums angefochten werden könne, iſt eine Frage, worüber die Rechtsgelehrten ſehr verſchiedener Meinung ſind. Einige [39]) läugnen dies ſchlechterdings, wenn die Läſion auch noch ſo erheblich ſeyn ſollte, ob rei iudicatae auctoritatem. Andere [40]) hingegen behaupten, das Urtheil könne allerdings wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden. Allein nach der richtigern Meinung iſt ein Unterſchied zu machen, ob durch das richterliche Urtheil der Erbe in dem ihm gebührenden Antheile ſelbſt, oder ob er blos im Anſchlage der ihm zu Theil gewordenen Sache verletzt worden iſt. In jenem Falle, da mir z. B. der Richter, ohngeachtet ich zum dritten Theile Erbe war, und auch von demſelben als ſolcher anerkannt wurde, dennoch nur ſoviel Sachen zugeſprochen hat, daß ſie, nach dem vom Richter ſelbſt gemachten Anſchlage, nur den vierten Theil der Erbſchaft

39) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 24. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 6. §. 3. not. 9. in fin. *Io. Ortw.* WESTENBERG Dig. h. t. §. 19. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 10. in fin. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 225. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3058. in fine und MEURS Diſſ. cit. Cap. II. §. 9 — 13.

40) VOET de familia erciſcunda Cap. XIV. nr. 5. WESENBEC Paratitl. Pand. h. t. nr. 8. BRONCHORST Enantiophan. Centur. II. Aſſert. 12. *Henr.* COCCEJI Diſſ. de remedio L. 3. C. Commun. utriusq. iud. Sect. I. §. 5. ſq. (*Exercitat. curioſ.* Vol. 2. Nr. 5.) *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. et Lib. XVIII. Tit. 5. Qu. 11. et 13.

ſchaft ausmachen, iſt ein ſichtbarer Irrthum in der Rechnung vorhanden. Nun kann aber wegen eines ſolchen Irrthums auch ein rechtskräftiges Erkenntniß angefochten werden [41]). In dem letztern Falle aber kommt zwar dem verletzten Erben, wenn er noch minderjährig iſt, die Wohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu ſtatten [42]); der Großjährige hingegen wird auch nicht einmal bey einer Verletzung über die Hälfte gegen ein rechtskräftiges Urtheil reſtituirt, wofern nicht ſonſt ein rechtmäßiger Grund zur Reſtitution vorhanden iſt [43]).

II. Die Theilung iſt außergerichtlich geſchehen, gleichviel, ob Theilrichter [44]), ſo wie ſie an einigen Orten üblich

41) L. 1. §. 1. *D. Quae ſentent. ſine appellat. reſc.* PAULUS *Sent. Recept. L. V. Tit.* 5. §. 11. *Iacob* CUJACIUS in Recitationib. Solemn. in libr. Cod. Iuſtin. Lib. VII. Tit. 52. MEVIUS P. IV. Deciſ. 300. P. VI. Deciſ. 30. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 457. Nr. I. pag. 266. Sollte über einen vorgegebenen Irrthum in der Rechnung ſelbſt entſchieden worden, und dieſes richterliche Urtheil in die Rechtskraft übergegangen ſeyn, ſo findet keine Reſciſſion Statt. *L. un. Cod. de errore calc.* PACIUS Εναντιαφ. Cent. VII. Qu. 73. und CUJACIUS c. l.

42) L. 9. *pr.* L. 16. §. 5. *D. de minorib.* L. *fin. D. h. t.* L. 4. *C. Si adv. rem iudicat.* L. 1. *C. Si adv. transact. vel diviſ.*

43) S. Grieſingers Commentar über das Wirtemberg. Landrecht. 3. Bd. S. 652. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. II. Lib. XVIII. Tit. 5. Qu. 13. not. c. pag. 430. und THIBAUT Syſt. des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 729. a. E. S. 153.

44) Solche Theilrichter, ſo wie dergleichen im Wirtembergiſchen üblich ſind, haben keine eigentliche Jurisdiction, ihre Ausſprüche werden daher auch nicht res iudicatae. S. *Mich.* GRASSI Diſſ. de arbitriis familiae erciscundae §. 24. BESOLD Conſil. Tübing. CCLII. nr. 2. HARPPRECHT Conſil. LVIII. nr. 272. Grieſinger a. a. O. Not. p. S. 649.

üblich ſind, hinzugezogen worden, oder nicht; oder ob die Theilung gerichtlich beſtätiget worden iſt, oder nicht. Denn in allen dieſen Fällen wird die Theilung nur als eine außergerichtliche angeſehen [45]), inſofern darunter eine jede Theilung verſtanden wird, welche nicht in der Form einer Rechtsſache, und alſo durch keinen ordentlichen Richterſpruch geſchehen iſt [46]). Hier laſſen ſich folgende Fälle gedenken.

1) Ein Miterbe iſt bey einer ſolchen Theilung durch den Dolus des andern verletzt worden. Daß hier die Theilung, ohne Rückſicht auf Größe der Läſion, angefochten, und auf Abänderung einer jeden durch den Betrug des andern Miterben verurſachten Ungleichheit gedrungen werden könne, darüber ſind alle Rechtsgelehrten einverſtanden [47]). Der Verletzte kann entweder mit der actio familiae

45) S. Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 137. THIBAUT Syſt. des P. R. 2. Bd. §. 728. a. E.

46) Pro *iudiciali* enim *diviſione*, quae ſententia iudicis peragitur, et auctoritatem rei iudicatae nanciſcitur, agnoſci non poteſt *nuda conventio diviſoria, in iudicio facta, et a iudice confirmata:* ſagt Ge. Lud. Böhmer in den auserleſenen Rechtsfällen 1. Bandes 2. Abth. Nr. 76. S. 592. Nr. 6. Man ſehe auch SCHWEDER Diſſ. de remedio L. 3. C. Commun. utriusq. iudic. §. 4.

47) L. 3. *Cod. Commun. utriusq. iudic.* *L.* 35. *D. de pactis.* Dolus enim *qualitate facti*, non *quantitate pretii* aeſtimatur. *L.* 10. *C. de reſc. vendit.* S. *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani libr. VI. Epitomar. iur. Lib. II. ad L. 23. D. Locati. §. 8. et 9. pag. 485. *Chr. Lud.* CRELLII Diſſ. Utrum diviſio per ſortitionem facta ob laeſionem reſcindi poſſit? *Vitembergae* 1743. §. 3. *Ge. Chriſt.* GEBAUER Diſſ. de hercto cito ob inaequalitatem in melius reformando. rec. *Goettingae* 1777. §. 5 ſqq. *Ger.* NOODT de forma emendandi doli mali Cap. VII. Tom. I. *Oper.* p. 362. u. a. m.

miliae erciſcundae darauf klagen, daß die Theilung von neuem vorgennmmen werde, oder er kann ſchlechthin dasjenige zurückfordern, was der andere Miterbe wegen ſeines Betrugs mehr erhielt, als ihm zu ſeinem Antheil gehörte [48]).

2) Ein Miterbe iſt durch Irrthum verletzt worden. Inwiefern hier eine außergerichtliche Theilung der Verletzung wegen angefochten werden könne, iſt unter den Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig. Es giebt hierüber dreyerley Meinungen. Einige [49]) behaupten, daß eine außergerichtliche Theilung wegen einer jeden Verletzung aus Irrthum angefochten werden könne. Denn dies erfordere die Gleichheit und Billigkeit, welche nach der *L. 3. Cod. Commun. utriusq. iudicii* der alleinige Maasſtab ſey, wornach Theilungen regulirt werden müßten. Andere [50]) nehmen an, daß eine außer-

48) L. 8. *Cod. de collat.*

49) *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior ac celebrior Legg. Cod. ad L. 3. C. commun. utr. iudicii Lib. III. pag. 203. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 25 et 26. *Ant.* MERENDA Controverſiar. iuris Lib. I. cap. 37. *Andr.* FACHINAEUS Controv. iur. Lib. VIII. Cap. 36. *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. Lib. III. Tit. 38. nr. 5. SUENDENDOERFFER ad *Eckolti* Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 6. ad verb. DIVIDANTUR. *a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim CXVII. medit. 5. *Io. Henr.* BERGER Diſſ. de reformatione diviſionis extraiudicialis ex cauſa modicae laeſionis. *Vitemb.* 1692. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3058. *Lud. God.* MADIHN ad *Menckenii* Introduct. in doctrin. de actionib. for. Not. 1206. pag. 376. CRELL cit. Diſſ. §. 4.

50) CARPZOV P. III. Conſtit. XV. Definit. 19. WISSENBACH Commentar. ad L. 3. Cod. Commun. utriusq. iud. *Io. Ortw.* WESTEN-

außergerichtliche Theilung, bey welcher kein dolus erweislich iſt, nur wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne, weil die Theilung in der *L.* 1. *Cod. Commun. utr. iudic.* einem Kaufe gleichgeachtet werde, mithin die *L.* 2. *Cod. de reſc. vendit.* zur Anwendung komme. Noch andere [51]) unterſcheiden endlich, ob der Miterbe durch Irrthum im Antheile (circa res dividendas) verletzt worden, oder ob die Verletzung im Anſchlage (circa aeſtimationem) geſchehen ſey. In jenem Falle könne die Theilung wegen einer jeden Verletzung, in dieſem aber nur wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden. Von jenem Falle ſey die *L.* 3. *Cod. Commun. utr. iudic.* zu verſtehen, auf letztern aber die *L.* 2. *Cod. de reſc. vendit.* anzu-

STENBERG Princip. iuris ſec. ord. Dig. h. t. §. 20. *Io. Ge. Iac.* WOLF Diſſ. de diviſione legitima extraiudiciali ob modicam laeſionem nec impugnanda, nec reſcindenda, nec reformanda. *Altorf.* 1756. *Ant.* SCHULTING Theſ. Controverſ. Decad. XXX. Th. 6. GEBAUER in Diſſ. cit. Cap. 2. §. 11. *Ioſ. Lud. Ern.* PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 7. pag 62. Weſtphal im Syſt. der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 842 — 845. THIBAUT Syſt. des P. R. 2. Bd. §. 729. a. E. S. 153. WALCH Introd. in Controverſ. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. V. §. 33.

51) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 35. WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. I. P. V. Obſ. 51. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 7. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. VI. Th. 3. Not. 9. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 157. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 629. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 457. a. E. Grieſinger im Commentar über das Wirtemberg. Landrecht 3. Band. S. 655. u. a. m.

anzuwenden. Alles kommt auf die richtige Erklärung der *L. 3. Cod. Commun. utriusq. iudic.* an. Sie lautet folgendermaßen.

Impp. DIOCLET. et MAXIM. AA. et CC.
Aureliae Septimiae.

Majoribus etiam, *per fraudem vel dolum vel perperam ſine iudicio ſactis diviſionibus*, ſolet ſubveniri: quia in bonae fidei iudiciis, *quod inaequaliter ſactum eſſe conſtiterit*, in melius reformabitur.

Es iſt dieſes Reſcript der Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** aus dem Gregorianiſchen Codex in den Juſtinianeiſchen übergegangen. Wir lernen dieſes aus der von **Cujaz** [52]) zuerſt edirten *Conſultatio veteris cujusdam Iurisconſulti*, welche ſich auch in **Anton Schultings** Iurisprud. vet. Antejuſtin. pag. 813. ff. findet. In derſelben citirt der Verfaſſer dieſer Conſultation §. 2. folgende Stelle *ex Corpore Gregor.* Libro III. [53]).

Impp. DIOCLETIANUS *et* MAXIMIANUS AA.
Aureliae Severae [54]).

An diviſio, quam iam factam eſſe proponis, convelli debeat, Rector provinciae, praeſente parte adverſa,

52) *Operum a* FABROTO *editor.* Tom. I. col. 639.

53) Dieſe Stelle ſteht auch in den *Fragment. Codic. Gregor.* Lib. III. Tit. 5. Conſtitut. 3. bey SCHULTING in Iurisprud. Antejuſt. pag. 695.

54) Haloander, Ruſſard, Hugo a Porta und Baudoza haben in der Ueberſchrift der *L. 3. C. Commun. utr. iudic.* blos SEVAE. Der Name *Severa* ſcheint alſo wohl richtiger als *Septimia* zu ſeyn.

verſa, diligenter examinabit: *et ſi fraudibus eam non caruiſſe perſpexerit, quando etiam maioribus in perperam factis diviſionibus ſoleat ſubveniri,* quod *improbum,* atque *inaequaliter factum* eſſe conſtiterit, *in melius reformabit.*

Vergleicht man dieſe Stelle mit der *L. 3. Cod. Iuſt. Commun. utriusque iudic.* ſo iſt zwar die Hand des Tribonians nicht zu verkennen, allein es läßt ſich deswegen doch nicht behaupten, daß durch dieſe Interpolation ein neues Recht habe eingeführt werden ſollen, welches nicht ſchon vorhin bekannt geweſen wäre. Alle Ausleger ſind nun darin einverſtanden, daß in der *L. 3. Cod. Gregor. Familiae erciſc.* von einer ſolchen Theilung die Rede ſey, welche wegen des Betrugs des andern Theilhabers ungleich ausgefallen war. Allein nicht ſo ausgemacht iſt es, ob auch die aus dieſer Quelle gefloſſene *L. 3. Cod. Iuſt. Commun. utr. iud.* blos auf den Fall einer argliſtigen Theilung einzuſchränken ſey? Viele Ausleger [55]) glauben dies vorzüglich darum behaupten zu müſſen, weil immer im Zweifel anzunehmen ſey, daß die Verfaſſer des Juſtinianeiſchen Codex von dem urſprünglichen Sinn der Conſtitutionen, welche ſie excerpirten, nicht abgewichen ſind. *Diviſiones perperam factae* wären daher die nämlichen, *quae per fraudem vel*

55) *Ger.* NOODT de forma emend. doli mali cap. 7. Tom. I. *Oper.* pag. 362. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejuſt. pag. 695. not. 14. *Bern. Henr.* REINOLD Opuscul. iurid. Exercit. II. §. 6. pag. 617. *Io. Frid.* BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 9. *Io. Adr.* MEURS Diſſ. cit. de inaequali hereditatis diviſ. corrigenda. Cap. IV. §. 1. GEBAUER Diſſ. cit. de hercto cito Cap. I. §. 5. ſqq. PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 7. pag. 60. MALBLANC Princip. iur. Rom. h. t. §. 457. in fin. u. a. m.

vel dolum factae ſunt. Ich läugne nicht, daß es Pflicht des Auslegers ſey, die noch vorhandenen Quellen, aus welchen **Juſtinians** Geſetzgebung geſchöpft iſt, zur Aufklärung der letztern ſo viel möglich zu benutzen; allein nie darf ihn dieſe Benutzung dazu verleiten, die deutliche Vorſchrift des Juſtinianeiſchen Rechts zu überſehen, und eine offenbar widerrechtliche Interpretation damit zu rechtfertigen [56]). Es wird nun nicht ſchwer ſeyn, zu beweiſen, daß dieſes bey der Erklärung der *L.* 3. *C. Commun. utriusq. iud.* der Fall ſey. Alles kommt darauf an, was das Wort *perperam* in der Verordnung der Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** bedeute? und ob es **Tribonian** bey der Interpolation dieſer Verordnung in einer andern Bedeutung genommen habe? Faſt alle Ausleger ſagen, daß *perperam* in der *L.* 3. *Cod. Gregor. h. t.* ſo viel als betrügeriſch oder argliſtig bedeute. Allein ſie haben unrecht. Das Reſcript der Kaiſer ſpricht zwar von einer ſolchen Theilung, die auf eine betrügeriſche und argliſtige Art geſchehen war; allein man erwäge, daß das Wort *perperam* in dem Entſcheidungsgrunde vorkommt, welcher eine allgemeine Verordnung andeutet, unter welche der den Kaiſern vorgelegte Fall nur ſubſumirt wird. Denn daß die Kaiſer in ihren Reſcripten und Decreten mehrentheils nur nach dem gemeinen Rechte ſprachen und entſchieden, iſt bekannt [57]). Nun war es Grundſatz des gemeinen Rechts: *Maioribus etiam in perperam factis diviſionibus ſulveniendum eſſe* [58]).

Daher

56) S. THIBAUT Theorie der logiſchen Auslegung des röm. Rechts §. 41.

57) S. THIBAUT in der angeführten Theorie §. 38.

58) *L.* 3. *C. Quibus ex cauſ. maiores.*

Bayeriſche Staatsbibliothek München

Daher konnte die Rechtshülfe auch bey betrügeriſchen Theilungen dem Verletzten nicht verſagt werden. *Diviſio perperam facta* heißt alſo vielmehr jede unrichtige, und daher ungleich ausgefallene Theilung, ſie habe Betrug oder Irrthum zum Grunde. **Briſſon**[59]), **Richter**[60]) und **Scheller**[61]) haben durch eine Menge von Stellen erwieſen, daß ſowohl in den Schriften der Claſſiker, als in den Fragmenten der Römiſchen Juriſten die Worte *perperam* und *recte* immer einander entgegen geſetzt werden[62]), und Erſteres ſoviel heiße, als unrecht, unrichtig, oder falſch, es ſey aus Irrthum[63]), oder wegen eines Betrugs[64]). **Tribonian** hat nun, mit Weglaſſung des ganzen erſten Theils des Reſcripts, welcher die den Kaiſern vorgelegte Rechtsfrage enthält, blos den zum Entſcheidungsgrund angenommenen allgemeinen Satz beybehalten, ohne ihn jedoch blos auf den Fall einer doloſen Theilung zu beſchränken, von welchem eigentlich die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** nur reden; dabey aber deutlicher noch, als es in dem Reſcript geſchehen war, beſtimmt, daß hier blos von außergerichtlichen Theilungen

59) De Verbor. Significat. v. *Perperam.*

60) De Significat. Adverbior. in iure v. *Perperam* pag. 618.

61) Lateiniſch=deutſches Lexicon v. *Perperam.*

62) *L.* 8. §. 4. *D. Si ſervitus vindicet. L.* 22. §. 4. *D. Rat. rem haberi.* LIVIUS Lib. I. cap. 23.

63) *L.* 40. *D. de condict. indeb. L.* 9. *D. de pecun. conſtituta. L.* 4. §. 2. *D. pro ſuo. L.* 1. *et* 2. *Cod. Si maior factus alienat.* CICERO *in Verrem* Lib. II. cap. 23. SUETON. in *Domitiano.* Cap. 11.

64) *L.* 2. *Cod. de poena iud. qui male iudicav.*

lungen die Rede ſey [65]). Wie offenbar widerrechtlich nach dieſer Anſicht die Erklärung derjenigen erſcheine, welche die *L. 3. Cod. Commun. utr. iudic.* blos von einer argliſtigen Theilung verſtehen wollen, um ſie dem Codex Gregorianus anzupaſſen, werden folgende Gründe vollends außer Zweifel ſetzen.

Erſtens wäre nicht nöthig geweſen, die Worte *ſine iudicio*, die doch in dem Reſcript der Kaiſer gar nicht ſtanden, der *L. 3. C. Commun. utr. iud.* einzuſchalten, wenn dieſelbe blos auf betrügeriſche Theilungen ſich allein beziehen ſollte, weil ja auch eine gerichtliche Theilung, bey welcher man durch den Betrug desjenigen verletzt worden iſt, mit welchem man zu theilen hatte, bekannten Rechten nach nicht gilt [66]).

Zweitens wäre es ja eine unerhörte Tavtologie, wenn man die Worte *per fraudem, vel dolum, vel perperam*, für ganz gleichbedeutend halten wollte. Daß Tribonian die Worte *fraus* und *dolus* mit einander verbunden hat, ohnerachtet das Wort *dolus* in der Verordnung der Kaiſer Diocletian und Maximian nicht ſtand, iſt nichts

65) Die Worte *ſine iudicio*, welche Tribonian *L. 3.* C. *Comm. utr. iud.* hinzugefügt hat, erklärt Dion. Gothofredus in Not. u. ad L. 3. Cod. ganz falſch durch *ſine conſilio*. Sie ſollen offenbar ſoviel als *ſine iudice* heißen. Denn ſo wird das Wort *iudicium* öfters genommen, wie *Ger.* NOODT de emend. doli mali Cap. 7. Tom. I. *Oper.* pag. 362. gezeigt hat. Man kann aber auch ganz füglich unter *iudicium* eine gerichtliche Verhandlung und Entſcheidung verſtehen, welche Bedeutung noch gewöhnlicher iſt. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Iudicium*.

66) *L. 8. in fin. Cod. de Collationib.*

beſonders; denn dies findet man auch bey den beſten Claſſikern [67]). Ineſt enim dolo et fraus, ſagt **Ulpian** *L.* 7. §. 10. *in fin. D. de pact.* Daher die häufigen Verbindungen dieſer beyden Wörter in den Fragmenten der Römiſchen Rechtsgelehrten [68]). Aber das Wort *perperam* in unſerer *L.* 3. *C.* auch für Betrug zu erklären, wäre gewiß das ſeltenſte Beyſpiel einer Tavtologie, dergleichen man nach den Regeln einer vernünftigen Auslegung durchaus nicht annehmen darf, da im Zweifel ein Geſetz immer ſo erklärt werden muß, daß kein Wort vergeblich daſtehe, ſondern vielmehr jedes Wort etwas zur deutlichen Beſtimmung des Willens des Geſetzgebers beytrage [69]).

Hiernächſt kommt drittens in vorzügliche Betrachtung, daß das Wort *improbum*, welches in dem Reſcript der Kr. **Diocletian** und **Maximian** ſteht, in der *L.* 3. *C. Commun. utr. iud.* weggelaſſen worden iſt. Statt deſſen heißt es blos: *Quod inaequaliter factum eſſe conſtiterit.* Daß dieſes blos der Kürze wegen geſchehen ſeyn ſollte, iſt nach den bereits angeführten Gründen nicht zu glauben, ſondern es liegt hierin ein neuer überzeugender Beweis, daß die *L.* 3. nicht blos auf ſolche Theilungen allein eingeſchränkt ſeyn ſolle, wobey ein Theil durch den Betrug des andern verletzt worden iſt, ſondern daß auch, ohne Betrug, wegen einer aus Irrthum veranlaßten Ungleichheit

67) CAESAR *de bello civ.* Lib. II. cap. 14. S. Schellers Lexicon v. FRAUS.

68) L. 8. §. 6. *D. de liberat. leg.* L. 3. *D. Quando ex facto tutor.* L. 3. §. *ult. D. pro ſocio.* BRISSONIUS de Verb. Signif. v. FRAUS.

69) S. den 1. Th. dieſes Commentars §. 35. S. 229.

gleichheit eine Abänderung derſelben Statt finde, wie Jacob **Voorda**[70]) ſehr gründlich bemerkt hat. Man wird ſich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man erwägt, daß **Tribonians** Abſicht, wie ſein ganzes Verfahren bey der Interpolation der Verordnung des Gregorianiſchen Codex beweißt, offenbar nur dahin gegangen ſey, den in dieſer Verordnung enthaltenen Entſcheidungsgrund auszuheben, und ſolchen in ein allgemeines Rechtsprincip zu verwandeln.

Vergleicht man endlich **Viertens** die *Conſultatio veteris cuiusdam Iuriſconſulti*, deſſen Name und Zeitalter uns zwar unbekannt iſt, der aber aller Wahrſcheinlichkeit nach in der Periode zwiſchen **Theodos** dem Jüngern und **Juſtinian** gelebt haben mag; betrachtet man die Gelegenheit, bey welcher dieſer alte Juriſt die oben angeführte Stelle des Gregorianiſchen Codex citirt hat, ſo finden wir auch darin ein neues uns noch mehr beſtärkendes Argument, daß man den Großjährigen nach einem gemeinen Rechtsprincip, welches die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** in ihrem Reſcript zum Grunde legten, bey außergerichtlichen Theilungen, auch wegen einer andern Ungleichheit, als die durch Betrug veranlaßt worden iſt, die Wohlthat der Reſtitution nicht zu verſagen pflegte. Es ſagt nämlich dieſer *Vetus Iuriſconſultus* in ſeiner Conſultation §. 2.

Secundo loco me conſulendum ſub hac voce duxiſti, ut diceres, diviſionem in caſtello ſic factam a marito mulieris ipſius, ut, illa neſciente, domus cum membris ſuis vel hoſpitiis circumjectis diviſa ſit ſine conſcientia uxoris. Si ea praedictus maritus fecerit,

 nulla

70) Elector. lib. ſing. Cap. 26. pag. 257.

nulla aequalitate ſervata, nulla compenſatione in omnibus cuſtodita, ad haec verba ex legum conſtitutione reſpondi, maritum in negotiis uxoris ſine mandato non recte aliquid definire; nec poſſe aliquid firmum, et ſtabile eſſe, quod ſine conſcientia uxoris de rebus uxoriis viſus fuerit tranſegiſſe; praeſertim ſi doceatur *inutilis* eſſe, et *ſine aequalitate*, vel *compenſatione ipſa diviſio.* Notum eſt, quod etiam, ſi mandato uxoris niteretur, et *fraudulenta diviſio*, *vel minus aequalis poſſet oſtendi*, vacua et inanis ſpecialiter remaneret etc.

Eben dieſer alte Juriſt citirt nach der ſchon oben angeführten Verordnung des Gregorianiſchen Codex noch eine andere von eben den Kaiſern **Diocletian** und **Maximian**, welche für uns merkwürdig iſt. Er ſagt:

Item alia eodem libro et Corpore. *Impp.* DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. *Apronia Mammae.* Si diviſio inter te et ſororem tuam non bona fide facta eſt, *etiam citra Principalis reſtitutionis auxilium, quod etiam maioribus tribui ſolet*, ad aequitatis temperamentum reformari poteſt, etc.

Aus dieſem allen wird man ſich nun wohl hinlänglich überzeugt haben, daß die Verordnung des Gregorianiſchen Codex, aus welcher die *L. 3. C. Iuſt. Comm. utriusq. iudic.* gefloſſen iſt, auf einem allgemeinen Rechtsprincip von Abänderung ungleicher Theilungen beruhe, die Ungleichheit habe Betrug oder Irrthum zum Grunde, und daß **Tribonian** dieſen Grundſatz, mit Weglaſſung des beſondern Falles, welchen die Kaiſer blos unter dieſen allgemeinen Grundſatz ſubſumirten, ganz richtig aufgefaßt habe, ohne ihn

ihn einer unleidlichen Tavtologie beſchuldigen zu dürfen. Nur iſt die Frage noch, wegen welcher Ungleichheit eine Abänderung der Theilung gefordert werden könne? Das Geſetz beſtimmt hierüber nichts, ſondern ſagt ganz allgemein: *Quod inaequaliter factum eſt conſtiterit, in melius reformabitur.* Nach den Regeln einer richtigen Interpretation dürfen wir alſo auch keinen Unterſchied machen, die Läſion ſey mäßig oder unmäßig. Allein viele, ältere und neuere, Rechtsgelehrten wollen uns hier eines Andern belehren. Wird die Theilung wegen eines begangenen Betrugs angefochten, ſo räumen alle ein, daß jede Verletzung abzuändern ſey, ohne auf die Größe derſelben Rückſicht zu nehmen. Iſt hingegen kein Betrug erweißlich, ſo behaupten viele, daß die Theilung nur wegen einer unmäßigen Verletzung, d. i. wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne. Denn es trete hier die Analogie vom Kaufe ein. In wiefern ſie hierin recht oder unrecht haben, wird ſich gleich ergeben. Die Geſetze ſagen allerdings, die Theilung ſey wie eine Art von Kauf anzuſehen [71]). Allein offenbar geht die Abſicht derſelben nur dahin, ein Princip aufzuſtellen, wornach die Rechte bey Theilungen, von Seiten der Veräußerung betrachtet, zu beſtimmen ſind, z. B. in Anſehung der Minderjährigen, wenn ſie entweder ſelbſt auf Theilung dringen, oder von den übrigen Theilhabern dazu aufgefordert worden, desgleichen in Rückſicht der Evictionsleiſtung, beſonders wegen der deshalb ſtatt habenden Klagen, u. ſ. w. Soweit hingegen kann man dieſe Aehnlichkeit nicht ausdehnen, um auch da gleiche Rechte eintreten zu laſſen, wo die ganz ver-

71) *L. 1. C. Commun. utriusq. iudic.*

verſchiedene Natur beyder Geſchäfte dies ſchlechterdings nicht erlaubt. Dieſe Verſchiedenheit zeigt ſich nun aber gerade da, wo über erlittene Läſion Beſchwerde geführt wird. Beym Kaufe erfordern die Geſetze kein vollkommen gleiches Verhältniß zwiſchen dem Werth der Sache, und dem Preis. Sie ſagen vielmehr ausdrücklich [72]): In pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus ſe circumvenire. Kein Wunder, wenn hier die Läſion nur dann, wenn ſie unmäßig iſt, eine Urſache geben kann, den Kauf anzufechten. Von ganz anderer Beſchaffenheit hingegen iſt das Geſchäft der Theilung. Hier erfordern die Geſetze ſchlechterdings, *ut in omnibus aequabilitas ſervetur* [73]); et *quod inaequaliter factum eſſe conſtiterit, in melius reformetur*, wie es in unſerer L. 3. cit. ausdrücklich heißt. Mit Recht ſagt daher **Anton Faber** [74]): *Diverſam eſſe ſemperque fuiſſe diviſionis et venditionis rationem in eo, quod non, ſicuti naturaliter licet contrahentibus in emendo et vendendo ſe in pretio decipere, ita et in dividendo permiſſum eſt, ut ſuam quisque ex diviſoribus portionem alieno incommodo faciat ampliorem, quam ex ratione eſſe debeat. Id enim agunt, qui dividunt, ut unusquisque id duntaxat ferat, quod ſuum eſt, ex alieno autem nihil: quamobrem nec quidquam acquirere dicitur, qui dividit, quoniam licet ſiat dominus eius portionis, quam in re comnnni ſocius habebat, tamen de ſuo tantundem praeſtat ſocio, quantum ab eo acci-*

72) L. 16. §. 4. *D. de minorib.* L. 22. §. 3. *D. Loc.*

73) L. 4. *C. Communi divid.*

74) De Errorib. Pragmaticor. Decad. VIII. Err. 1.

cipit. Aequitas igitur iudicii bonae fidei ſuffice-re poteſt ad contractum, qui inaequaliter factus eſt, in melius reformandum. Die *L. 2. C. de reſc. vendit.* kann alſo bey Theilungen durchaus keine Anwendung finden, und es iſt gleichviel, die Verletzung ſey im Antheile, oder im Anſchlage geſchehen. Denn wenn auch bey der Theilung die Sache dem Miterben für den taxirten Werth überlaſſen wird, ſo geht doch dadurch das Geſchäft eben ſo wenig in einen reinen Kauf über, als durch die Schätzung des Heyrathsgutes die cauſa dotis geändert wird [75]. Gleichheit und Billigkeit, welche gleichſam die Seele der Theilungen iſt, wird dadurch nicht aufgehoben. Daher kann auch dem Großjährigen, wenn er durch die Ungleichheit der Theilung auch ohne Argliſt des Andern verletzt worden, die Rechtshülfe nicht verſagt werden, wenn gleich die Verletzung bey weitem keine unmäßige iſt, weil die bona fides, welche den Hauptentſcheidungsgrund der *L. 3. C. Comm. utr. iud.* ausmacht, nicht erlaubt ſich mit des andern Schaden zu bereichern [76]. Aus dieſen Gründen ſcheint mir nun die oben angeführte erſte Meinung vor der zweyten und dritten den Vorzug zu verdienen [77]. Welche von dieſen Meinungen aber der Gerichtsbrauch annimmt,

75) L. 16. *D. de iure dot.*

76) L. 6. §. 2. *D. de iure dot.* ſagt: Quia bono et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum ſentire per alterius lucrum. Es iſt daſelbſt ausdrücklich von verletzten Großjährigen die Rede.

77) Ein ehemaliger fleißiger Zuhörer meiner Vorleſungen, Herr Doctor ELSAESSER, hat die hier vertheidigte Meinung in ſeiner Diſſertat. inaug. Quaeſtionem: An ad impugnationem diviſionis extraiudicialis laeſio requiratur ultra dimidium, exponens, *Erlangae* 1798. 4. ſehr gut ausgeführt.

nimmt, läßt ſich, wie Stryk [78]) mit Recht bemerkt, nicht gewiß beſtimmen. Es fehlt indeſſen auch nicht an Urtheilsſprüchen, welche jene erſte Meinung beſtärken, dergleichen man bey Cramer [79]) und Böhmer [80]) finden wird [81]). Uebrigens iſt es gleichgültig, ob die Theilung durch das Loos, oder durch ſonſtige Uebereinkunft der Partheyen gemacht worden iſt, auch jene kann, ſofern die Intereſſenten ſich nicht wiſſentlich die ungleichen Looſe haben gefallen laſſen, wegen der Ungleichheit angefochten werden, ſie habe einen Dolus oder Irrthum zum Grunde. Denn die Theilung durch das Loos iſt für keinen Transact zu halten [82]).

Die Klage auf Abänderung der ungleichen Theilung fällt jedoch weg, wenn der Teſtirer ſelbſt getheilt hat. Der Vater

78) Us. Mod. Pand. h. t. §. 8.

79) Obſervat. iuris univ. Tom. II. P. II. Obſ. 770.

80) Auserleſene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Abth. Nr. 76. und 2. Bandes 2. Abth. Nr. 176. Qu. 3. et 4.

81) Nach dem franzöſiſchen Civilrecht kann jede Theilung, ſie mag gerichtlich oder auſſergerichtlich geſchehen ſeyn, von dem Erben angefochten werden, wenn ein Miterbe dabey überliſtet, oder über den vierten Theil, in Beziehung auf den Werth, den die Sachen zur Zeit der Theilung hatten, verletzt worden iſt. *Cod. Napol. Art.* 887. S. Jacob von Maleville Commenentar über das Geſetzbuch Napoleons 2. Band S. 327. Les Pandectes français par. *I. B.* DELAPORTE et *P. N.* RIFFÉ-CAUBRAY Tom. VII. pag. 375. ſq. und ZACHARIAE Handb. des französ. Civilrechts. 2. Bd. §. 353. S. 191. f.

82) S. *de* COCCEJI ius. civ. controv. h. t. Qu. 9. und die ſchon öfters angef. Crelliſche Diſſ. Utrum diviſio per ſortitionem facta ob laeſionem reſcindi poſſit? *Vitemb.* 1743.

Vater kann ſogar unter ſeinen Kindern eine ungleiche Theilung ſeines Nachlaſſes machen, von welcher auch der Richter ſelbſt nicht abweichen darf. Nur ſofern eine Verletzung im Pflichttheile daraus entſtünde, könnte auf deſſen Ergänzung geklagt werden [83]).

Ob aber auch bey einer vom Teſtirer gemachten Theilung die Verbindlichkeit zur Evictionsleiſtung wegfalle, iſt ſtreitig. Einige [84]) behaupten dieſes wirklich, und nehmen nur den Fall aus, wenn durch die Entwährung Notherben in ihrem Pflichttheile verkürzt worden ſind. Nur in dieſem Falle trete von Seiten der übrigen Miterben eine Verbindlichkeit zur Evictionsleiſtung ein, ſonſt auch nicht einmal bey Notherben, weil der Erblaſſer auch ſeinen Notherben, außer dem Pflichttheile, eben ſo wenig, als fremden Perſonen etwas zu hinterlaſſen ſchuldig ſey, und ſie daher auch in ungleichen Theilen einſetzen könne. Andere [85]) hingegen unterſcheiden, ob der Teſtirer die evincirte Sache einer mit ihm verwandten Perſon oder ſeiner Frau zugetheilt habe, oder einem fremden Miterben. In den beyden erſten Fällen müſſe Eviction geleiſtet werden, der Teſtirer möge gewußt

83) L. 7. L. 16. L. 21. *et L. fin. Cod. h. t.* S. BERGER Diſſ. cit. de reformatione diviſionis extraiud. ex cauſa modicae laeſionis. Th. 14.

84) TREUTLER Vol. I. Diſput. XIX. Th. 12. lit. D. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iuris civ. Exercit. XV. Th. 12. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 11.

85) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. *a* PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. III. Obſ. 204. §. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3053. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 11. not. l. und THIBAUT Syſt. des P. R. 2. Bd. §. 729. S. 152.

gewußt haben, oder nicht, daß die Sache eine fremde Sache ſey. In dem letzten Falle hingegen könne der Erbe nur dann Evictionsleiſtung fordern, wenn er beweiſen kann, der Teſtirer habe es gewußt, daß die evincirte Sache einem Dritten zugehöre, ſonſt falle die Gewährleiſtung weg. Dieſe argumentiren von dem Vermächtniß fremder Sachen [86]). Noch andere [87]) ſuchen endlich die Statthaftigkeit der Evictionsleiſtung in Anſehung aller Erben ohne Unterſchied zu vertheidigen. Dieſe letztere Meinung wird auf die Vermuthung gegründet, daß nach der Geſinnung des Erblaſſers ein jeder Miterbe den ihm angewieſenen Erbtheil unfehlbar völlig und unverkürzt erhalten ſolle, und daher im Falle der Entwährung einer unter der Verlaſſenſchaft begriffenen Sache ein jeder Miterbe dem Andern in Hinſicht auf die entwährte Sache nach dem Verhältniß ſeines Antheils zur Evictionsleiſtung verbunden ſey. Jedoch nimmt man den Fall aus, wenn der Erblaſſer aus beſonderer

86) §. 4. *I. de legat.* L. 10. *Cod. eodem.* L. 77. §. 8. *D. de Legat. II.*

87) WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Diſputat. XLI. Th. 14. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Diſp. XIX. Th. 12. lit. D. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 12. *Io. a* SANDE Deciſ. aur. Lib. IV. Tit. 11. Def. 2. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 8. WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Dig. Lib. XXI. Tit. 2. §. 12. WERNHER lectiſſim. Commentationes in Pand. h. t. §. 10. WALCH Introd. in Controv. iur. civ. Sect. III. Cap. 6. §. 11. pag. 672. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 2. Band 105. Meditat. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. III. §. 589. pag. 565. und Joh. Bernh. Müller Verſuch über die Gewährleiſtung. Jena und Leipzig 1805. §. 11. S. 59. f.

derer Zuneigung und Freygebigkeit dem einen Miterben eine beſtimmte Sache zum Voraus vermacht hätte. Ein ſolches Prälegat ſey der Gewährleiſtung nicht unterworfen. Für dieſe Meinung werden noch inſonderheit *L.* 77. §. 8. *D. de legat. II.* und *L.* 33. *D. h. t.* angeführt. In der erſtern Stelle ſagt Papinian: Evictis praediis, quae pater, qui ſe dominum eſſe crediderit, verbis fideicommiſſi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit: ſi tamen inter filios diviſionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas reſtituere: niſi parati fuerint et ipſi patris iudicium fratri conſervari. In der letztern Stelle ſagt eben dieſer Papinian: Si paterfamilias, ſingulis heredibus fundos legando, diviſionis arbitrio fungi voluit, non aliter partem ſuam coheres praeſtare cogetur, quam ſi vice mutua partem nexu pignoris liberam conſequatur.

Vergleichen wir die mancherley Geſetzſtellen mit einander, welche die Vertheidiger der hier vorgetragenen verſchiedenen Meinungen für ſich anführen, ſo dürfte ſich vielleicht dieſe ſehr ſtreitige Frage auf folgende Art am richtigſten entſcheiden laſſen. Wenn bey einer vom Teſtator gemachten Theilung, einem Miterben die ihm zugetheilte Sache evincirt worden iſt, ſo war ihm dieſe Sache entweder

1) als ein Prälegat beſtimmt; und dann war die Sache entweder

a) als eine Species vermacht. Hier treten die Grundſätze vom legato rei alienae ein, *L.* 10. *C. de legat.* und es iſt ſo zu unterſcheiden, wie die Vertheidiger

der

der oben angeführten zweyten Meinung unterſchieden haben. Oder ſie war

b) als ein genus legirt. Hier kann ohne Unterſchied Gewährleiſtung gefordert werden. *L. 29. §. 3. D. de legat. III.*

2) Die evincirte Sache war als Erbportion beſtimmt, und dann hatte der Teſtator die Theilung entweder

a) unter ſeinen Kindern gemacht. Dieſe ſind einander gegenſeitig zur Evictionsleiſtung verbunden. Denn ſind gleich die Eltern ihren Kindern mehr, als den Pflichttheil, zu hinterlaſſen nicht ſchuldig, ſo iſt doch die ſtärkſte Vermuthung vorhanden, daß ſie wegen der gleichen Liebe, die ſie zu ihren Kindern haben, nicht wollen, daß eins derſelben in ſeinem ihm zugetheilten Antheile verkürzt werde. Dies beſtärkt auch noch mehr die oben angeführte *L. 77. §. 8. D. de Legat. II.*

b) Die Theilung iſt unter andern Erben gemacht, welche die ihnen hinterlaſſene Erbſchaft als eine bloße Freygebigkeit des Erblaſſers anzuſehen haben. Hier ſind die Miterben einander gegenſeitig zur Evictionsleiſtung nicht gehalten, außer wenn der Teſtirer es ausdrücklich verordnet hat, oder die Erben ſich dazu gegenſeitig verpflichtet haben, oder der heres evictus beweiſen kann, daß der Teſtirer gewußt habe, die Sache ſey eine fremde Sache, oder daß er ihm dieſe Sache auf jeden Fall zugedacht habe, er möge jene Beſchaffenheit gewußt haben, oder nicht. *Arg. L. 10. C. de legatis.*

§. 735.

Perſonalpräſtationen bey der Erbſonderungsklage.

Außer der Theilung der Erbſchaft geht die Erbſonderungsklage auch noch auf mancherley Perſonal-Präſtationen. Dieſe ſind

1) Be-

1) Berechnung und verhältnißmäßige Herausgabe der von einem Miterben aus der Erbſchaft gezogenen Nutzungen [88]), ſie mögen vor oder nach Antretung der Erbſchaft gezogen worden ſeyn [89]). Nachweiſung und Berechnung der unter ſich gehabten Gelder des Erblaſſers [90]); und Entſchädigung für das, was er mit erbſchaftlichen Geldern für ſich gekauft hat [91]).

2) Erſatz des Schadens, den ein Miterbe durch dolus oder culpa an erbſchaftlichen Sachen zugefügt hat. Er muß nur den Schaden als Erbe angerichtet haben, alſo nicht etwa ſchon vorher und noch beym Leben des Erblaſſers, wenn mit der Erbtheilungsklage deshalb Vergütung ſoll gefordert werden können. Ulpian ſagt ausdrücklich *L.* 16. §. 4. *D. h. t.* Nam et omnia, quae quis in hereditate dolo aut culpa fecerit, in iudicium familiae erciſcundae veniunt: ſic tamen, ſi quaſi heres fecerit. Et ideo, ſi vivo teſtatore unus ex heredibus pecuniam ſuſtulerit, in familiae erciſcundae iudicium ea non venit:

88) *L.* 19. *D. h. t.* Item ex diverſo ſimiliter proſpicere iudex debet, ut, quod unus ex heredibus ex re hereditaria percepit, ſtipulatusve eſt, non ad eius ſolius lucrum pertineat. Quae ita ſcilicet conſequetur iudex, ſi aut reputationes inter eos fecerit, aut ſi curaverit cautiones interponi, quibus inter eos communicentur commoda et incommoda. *Reputationes* ſind gegenſeitige Abrechnungen, wie die Baſiliken Tom. V. pag. 676. dieſes Wort erklären.

89) *L.* 44. §. 3. *D. h. t. L.* 9. *Cod. eodem.*

90) *L.* 52. §. 1. *D. h. t.*

91) *L.* 4. *C. Commun. utriusque iudic.* S. Weſtphal in dem angef. Syſtem von den einzelnen Vermächtnißarten §. 782—786.

venit: quia tunc nondum heres erat: ubi autem quaſi heres fecit, etſi aliam praeterea quis actionem habeat, tamen teneri eum familiae erciſcundae iudicio. *Iulianus* ſcribit. Uebrigens iſt der Miterbe für jedes poſitive Factum, wodurch er Schaden gethan hat, verantwortlich, in ſo fern es zu vermeiden geweſen wäre, und er kann deshalb ſowohl ex Lege Apuilia, als familiae erciſcundae iudicio belangt werden. **Ulpian** läßt uns hierin nicht zweifeln, wenn er ſagt *L.* 16. *§.* 5. *D. h. t.* Si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit, vel interleverit, *teneri quidem lege Aquilia*, quaſi corruperit, non minus autem etiam *familiae erciſcundae iudicio*. Hat er hingegen durch ſeine **Unthätigkeit** Schaden veranlaßt, ſo haftet er nur für ſeine Culpa in concreto, das heißt, er iſt nur in ſo weit dafür verantwortlich, als er dergleichen Nachläſſigkeit nicht in ſeinen eigenen Geſchäften zu begehen pflegt, und dieſe kann auch culpa lata ſeyn, nämlich wenn er in ſeinen eigenen Geſchäften ebenfalls grobe Verſehen begeht. Läßt ſich daraus kein Maasſtab hernehmen, weil er als Hausvater ſeinen eigenen Geſchäften noch nicht vorſtand, ſo haftet er für culpa levis [92]). Hierher gehören folgende Stellen.

L. 25. §. 16. *D. h. t.* Non tantum dolum, ſed et culpam in re hereditaria praeſtare debet coheres. — *Non tamen diligentiam praeſtare debet*, *qualem diligens paterfamilias:* quoniam hic propter ſuam partem cauſam habuit gerendi: et ideo negotiorum geſtorum ei actio non competit. *Talem igitur diligentiam praeſtare debet*, *qualem in ſuis rebus.*

L. 22.

92) S. SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 1. Band. S. 329 — 336.

L. 22. §. 3. *D. ad SCtum Trebell.* Si quis rogetur reſtituere hereditatem, et vel ſervi deceſſerint, vel aliae res perierint: placet, non cogi eum reddere, quod non habet, culpae plane reddere rationem; ſed eius, *quae dolo proxima eſt*, et ita *Neratius* libro primo Reſponſorum ſcribit. Sed et ſi, cum diſtrahere deberet, non fecit, *lata culpa*, non levi, *et rebus ſuis conſueta negligentia*, huiusmodi rei rationem reddet.

Hier iſt zwar eigentlich von einem Univerſalfiduciar die Rede; allein da auch dieſer wegen der ihm gebührenden Quarte als Communionsintereſſent anzuſehen iſt, ſo daß daher auch zwiſchen ihm und dem Fideicommiſſar das iudicium familiae erciscundae Statt findet [93]), ſo gehört dieſe Stelle mit hierher.

L. 25. §. 18. *D. h. t. Culpae* nomine tenetur, qui cum ante alios ipſe adiſſet hereditatem, ſervitutes praediis hereditariis debitas paſſus eſt non utendo amitti.

3) Erſtattung der für die Erbſchaft gehabten Auslagen und Unkoſten mit den Zinſen des Verzugs. Denn die Erbtheilungsklage iſt eine actio bonae fidei. Ulpian ſagt *L.* 18. §. 3. *D. h. t.* Sumtuum, quos unus ex heredibus bona fide fecerit, *uſuras* quoque conſequi poteſt a coherede *ex die morae*, ſecundum reſcriptum Imperatorum SEVERI et ANTONINI. Es wird jedoch vorausgeſetzt,

1) daß

93) *L.* 24. §. 1. *D. h. t.* S. SCHOEMAN a. a. O. S. 332. und VOET de fam. erciſc. Cap. X. nr. 8.

1) daß dieſe Unkoſten erſt nach dem Tode des Erb. laſſers verwendet worden ſind, nachdem der Erbe gewußt, daß ihm die Erbſchaft zu einem gewiſſen Antheile zuſtehe, und er auch in dieſer Eigenſchaft die Erbſchaft ſchon angetreten hatte. Denn was er vorher verwendet hat, deswegen kann er nur mit der actio negotiorum geſtorum klagen [94]).

2) Er muß die Unkoſten abſichtlich und wiſſentlich um der Erbſchaft willen verwendet haben. Was er nicht animo heredis, obgleich zum Nutzen der übrigen Miterben verwendet hat, dafür kann er nicht mit der actio familiae erciscundae, ſondern nur mit der actio negotiorum geſtorum Erſatz fordern [95]).

3) Es müſſen die gehabten Auslagen die Erbſchaft im Ganzen betreffen, oder es muß wenigſtens das Geſchäft untheilbar geweſen ſeyn, welches den Koſtenaufwand veranlaßte, ſo daß es der Miterbe nicht blos für ſeinen Antheil beſorgen konnte [96]). Denn ſind ſie durch Erfüllung einer den einzelnen Erben obliegenden theilbaren Verbindlichkeit verurſacht worden, ſo findet nicht die Erbtheilungsklage, ſondern blos die actio negotiorum geſtorum Statt. Nur in jenen beyden erſtern Fällen kann alſo die actio familiae erciscundae angeſtellt werden, und dann wird doch immer noch vorausgeſetzt, daß die Erbtheilungsklage nicht

94) *L.* 49. §. *ult. D. h. t.* VOET de familia erciſcunda Cap. X. nr. 3.

95) *L.* 44. §. 3. *D. h. t.* VOET c. l. nr. 4.

96) S. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 37. Man ſehe auch Weſtphal in dem angef. Syſtem §. 799. ff.

nicht etwa vorher ſchon angeſtellt geweſen, und die Erbſchaft getheilt ſey, weil ſonſt auch hier nur die actio negotiorum geſtorum allein Statt haben würde. Hat alſo der Erbe eine Schuld bezahlt, die jeder der Miterben, wenn er deshalb ſelbſt wäre belangt worden, hätte ganz bezahlen müſſen, z. B. ein Erbe hat eine verpfändet geweſene erbſchaftliche Sache eingelöſet, welche nicht anders, als mit Bezahlung der ganzen darauf haftenden Schuld frey gemacht werden konnte; ſo fordert er von den übrigen Miterben ihren verhältnißmäßigen Beytrag mit der Erbtheilungsklage, oder auch mit der actione negotiorum geſtorum, und dieſe Forderung bleibt ihm auch dann noch gewiß, wenn auch das eingelößte Pfand noch vor der Erbtheilung zufällig verunglücken ſollte. Eben ſo iſt es, wenn ein Miterbe durch Befriedigung eines Legatars, welcher die Immiſſion in die Güter der Erbſchaft erlangt hatte, den Nachlaß von dem durch die Immiſſion entſtandenen prätoriſchen Pfandrechte befreyet; oder die Erbſchaft gegen die Anſprüche eines Dritten durch ſeine Vertheidigung gerettet, und die Prozeßkoſten beſtritten hat. Wenn hingegen ein Miterbe eine erbſchaftliche Schuld ganz bezahlt hat, die nicht in ſolidum auch gegen einen einzelnen Erben hätte eingeklagt werden können, von welcher alſo dieſer Erbe nur ſeinen Antheil hätte bezahlen dürfen, ſo kommt ihm ſeiner Entſchädigung halber nur die actio negotiorum geſtorum zu. Auf ſolche Art ſtehen nun folgende Geſetzſtellen unter einander in der beſten Harmonie.

L. 18. §. 1. *Cod. h. t.* In communi autem hereditate quin ſumtus ab uno facti bona fide, *familiae erciſcundae iudicio*, vel *negotiorum geſtorum actione* ſervari poſſint, non eſt ambiguum.

L. 3. *Cod. de negot. geſtis.* Sive pro fratre coherede pecuniam ſolviſti, *negotiorum geſtorum actione* experiri potes: ſive pignoris liberandi gratia debitum univerſum ſolvere coactus es, *actionem eandem habebis*, vel *iudicio familiae erciſcundae*, ſi non eſt inter vos redditum, eam quantitatem aſſequeris.

L. 18. §. 6. *et* 7. *D. h. t.* Cum unus ex heredibus legatum exſolvit ei, qui miſſus fuerat in poſſeſſionem legatorum ſervandorum cauſa, putat *Papinianus*, et verum eſt, *familiae erciſcundae iudicium* ei competere adverſus coheredes: *quia non alias diſcederet legatarius a poſſeſſione, quam vice pignoris erat conſecutus, quam ſi totum ei legatum fuiſſet exſolutum.* — Sed et ſi quis Titio debitum ſolverit, ne pignus veniret: *Neratius* ſcribit, *familiae erciſcundae iudicio* eum poſſe experiri.

L. 31. *D. eodem.* Si ſervus pignori obligatus luatur ab uno ex heredibus, quamvis poſtea decedat, officium tamen arbitri durat. Sufficit enim communionis cauſa, quae praeceſſit, quaeque hodie duraret, ſi res non intercidiſſet.

L. 25. §. 15. *D. eodem.* Si unus ex coheredibus noxali iudicio ſervum hereditarium defenderit, et litis aeſtimationem obtulerit, cum hoc expediret: id pro parte hoc iudicio conſequatur. Idem eſt et ſi unus legatorum nomine caverit, ne in poſſeſſionem mitterentur: *et omnino, quae pro parte expediri non poſſunt, ſi unus cogente neceſſitate fecerit, familiae erciſcundae iudicio locus eſt.*

L. 39.

L. 39. *pr. D. h. t.* Ex parte heres inſtitutus, cauſam de dotis bonis, quam omnes heredes patiebantur *ob inultam mortem* [97]), ſuscepit, et obtinuit. Coheres ab eo partem ſuam petebat, nec partem ſumtuum in litem praeſtare volebat. Quaeſitum eſt, an doli exceptio noceret? Reſpondi, ſi idcirco amplius erogatum eſſet, quod ipſius quoque cauſa defenſa eſſet, habendam rationem ſumtuum: ſed et ſi omiſerit doli exceptionem, agere poteſt de recipienda portione ſumtuum.

L. 78. §. 2. *D. de contrah. emt.* Qui fundum ea lege emerat, *ut ſoluta pecunia traderetur ei poſſeſſio,*

97) Statt der Worte *ob inultam mortem*, lieſet unſer Cod. Pand. membr. Erlang. *ob inductam mortem*. Hingegen fehlen jene Worte ganz bey Haloander, und ſie ſtehen auch in mehreren Handſchriften der Pandecten nicht, wie Brenkmann in dem Gebauerſchen Corp. iur. civ. bey dieſer Stelle bemerkt hat. Allein die Aechtheit derſelben beſtärken inſonderheit die *Libri* Βασιλικῶν Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Conſt. 39. pag. 681. wo dieſe Stelle ſo lautet: Ἐὰν τῶν κληρονόμων εγκαλουμὲνων, ὡς μὴ ἐκδικησάντων τὴν ἀναίρεσιν τȣ̃ τελευτὴσαντός, ὁ εἶς τοὺς λοιποὺς διεκδικήτῃ, καὶ διὰ τȣ̃το πλέον δαπανήσῃ, ἔχει κὰι ἀπαίτησιν δε παραγραφὴν, ἀπαιτούμενος παρ̕ αυτῶν την κληρονομίαν. i. e. Si, cum heredes accuſarentur, *quaſi necem defuncti non vindicaſſent,* unus caeteros defenderit, et ob id amplius impenderit: coheres autem eius ab eo partem hereditatis petat iudicio familiae erciſcundae, ſumtuum nomine et actionem habet, et doli mali exceptionem. Man ſehe übrigens *Car.* MOLINAEI Quinque Lectiones ſolemnes Dolonae (*Colon. Agripp.* 1594. 8.) Lect. IV. pag. 78. ſqq. und Weſtphal in dem angef. Syſtem §. 807.

duobus heredibus relictis deceſſit. Si unus omnem pecuniam ſolverit, partem *familiae erciſcundae iudicio* ſervabit: nec, ſi partem ſolvat, ex emto cum venditore aget; *quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit.*

Sind von einem Miterben Koſten blos zur Verzierung oder zum Vergnügen verwendet worden, ſo findet dieſer Koſten wegen zwar, ſofern der Aufwand noch vorhanden iſt, eine Exception Statt, womit ſich der Miterbe, ſo lange er im Beſitz der Sache iſt, ſchützen kann; allein eine Klage geſtatten die Geſetze wegen dieſes Aufwandes nicht, wenn nicht die übrigen Miterben dadurch erweislich bereichert worden ſind [98].

98) *L.* 27. *pr. D. de negot. geſtis. L.* 39. §. 1. *D. de heredit. petit.* S. *Bruno* CASTENDYK Diſſ. de eo quod iuſtum eſt circa praeſcriptionem in iudiciis diviſoriis. *Goett.* 1792. Sect. I. §. 5.

Lib. X. Tit. III.
Communi dividundo.

§. 736.
Begriff des *iudicii communi dividundo.*

Die dritte Art der Theilungsklage iſt das *iudicium communi dividundo.* Dieſe im eigentlichen Sinn ſogenannte Theilungsklage iſt eine gemiſchte Klage, welche derjenige, dem an einer gemeinſchaftlichen ſingulären Sache ein Miteigenthum, oder ſonſt ein gemeinſchaftliches dingliches Recht aus einem gerechten Titel zuſteht, und die Theilung verlangt, gegen den andern Communionsintereſſenten, welche ſich beyde als Theilhaber gegenſeitig anerkennen, dahin anſtellt, daß die gemeinſchaftliche Sache getheilt werde, und der Beklagte nebenher auch die aus der Verwaltung der gemeinſchaftlichen Sache entſtandenen Verbindlichkeiten erfülle. Dieſe Klage hat alſo

1) eine gemeinſchaftliche ſinguläre Sache zum Gegenſtande, worunter hier alles begriffen iſt, was nicht als gemeinſchaftliche Erbſchaft ein Object von Rechten ausmacht, es beſtehe aus einer, oder aus mehreren einzelnen Sachen, welche zuſammen eine univerſitas rerum ausmachen, wie z. B. eine Bibliothek, eine Heerde Vieh, ein Waarenlager. Ulpian ſagt *L. 4. D. h. t.* Per hoc iudi-

iudicium corporalium rerum ſit diviſio, quarum rerum dominium habemus; non etiam hereditatis. Hierdurch unterſcheidet ſich dieſe Klage von der actio familiae erciscundae. Nur dann kann wegen gemeinſchaftlicher Erbſchaftsſachen auch communi dividundo geklagt werden, wenn die Erbſonderungsklage ſchon einmal gebraucht worden iſt, und dieſe Sachen erſt nachher noch zum Vorſchein gekommen ſind, nachdem die Erbſchaft ſchon getheilt war [99]). Sonſt hat die actio communi dividundo das Meiſte mit der Erbtheilungsklage gemein [100]). Darin aber iſt der Unterſchied zwiſchen beyden Klagen merkwürdig, daß die Erbtheilungsklage nicht mehr als einmal gebraucht werden kann [1]), dahingegen die actio communi dividundo ſo oft Statt findet, als noch etwas zu theilen übrig iſt [2]).

2) Der Kläger, der ſie anſtellt, muß Theilhaber an der geklagten gemeinſchaftlichen Sache ſeyn, und von dem Beklagten auch dafür anerkannt werden. Bedient ſich der letztere der Ausflucht, daß der Kläger kein Mittheilhaber ſey, ſo muß dieſer erſt ſein gemeinſchaftliches Recht an der Sache erweiſen. Iſt nun der Kläger im Beſitz oder Mitbeſitz, und der Beklagte behauptet, die Sache gehöre ihm allein zu, ſo wird der Beweis des Miteigenthums als ein Incidentpunct tractirt, ohne daß eine

99) L. 34. *D. Pro ſocio.*

100) *L.* 6. §. 11. *D. Comm. divid.*

1) L. 20. §. 4. *D. Famil. erciſc.*

2) L. 4. §. 2. *D. Comm. divid.* Hoc iudicium bonae fidei eſt. Quare, ſi una res indiviſa relicta ſit, valebit utique et caeterarum diviſio: et *poterit iterum communi dividundo agi de ea, quae indiviſa manſit.*

eine andere Klage braucht angeſtellt zu werden. Denn er gehört zur Legitimation des Klägers *ad cauſam* [3]). Wäre hingegen der Kläger nicht im Beſitz der gemeinſchaftlichen Sache, ſo paßt die Theilungsklage nicht, ſondern der Kläger muß mit der Reivindication ſein Miteigenthum ausführen. Es iſt daher rathſam, daß wenn der Kläger einen Widerſpruch von Seiten des Beklagten beſorgt, er die Reivindication mit dem iudicio communi dividundo ſucceſſiviſch cumulire [4]). Noch iſt zu bemerken, daß auch zwiſchen dem Erben und dem Legatar die Theilungsklage Statt finden kann, wenn es ungewiß iſt, wieviel wegen der Falcidiſchen Quarte von dem Vermächtniß abgezogen und inne behalten werden könne. Paulus ſagt *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* Si incertum ſit, an Lex Falcidia locum habeat, inter legatarium et heredem *communi dividundo* agi poteſt: aut *incertae partis vindicatio* datur [5]). Similiter fit, et ſi peculium legatum ſit: quia, in quantum res peculiares deminuit, id, quod domino debetur, incertum eſt.

3) Die Klage geht auf Theilung der gemeinſchaftlichen Sache, und nebenher auch auf Erfüllung der in Anſehung derſelben entſtandenen perſönlichen Verbindlichkeiten. Iſt die gemeinſchaftliche Sache ſchon getheilt, es iſt aber nach der Theilung ein geweſener Communionsintereſ-
ſent

3) S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 286. a. S. 36.

4) S. Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 4. Band §. 1134. S. 414.

5) Dieſe Klage hat nämlich alsdann Statt, wenn der Erbe dem Legatar das Vermächtniß ſtreitig macht. S. POTHIER Pand. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. VI. Not. b. pag. 303.

ſenf dem andern noch Etwas zu leiſten ſchuldig, ſo hat nicht das iudicium communi dividundo, ſondern die actio pro Socio Statt. Paulus ſagt *L.* 1. *D. h. t.* Communi dividundo iudicium ideo neceſſarium fuit, quod *pro Socio* actio magis *ad perſonales invicem praeſtationes* pertinet, quam ad *communium rerum diviſionem.* Denique (dieſem zu Folge) ceſſat communi dividundo iudicium, *ſi res communis non ſit.* Und Pothier [6]) bemerkt bey dieſer Stelle: Neceſſarium eſt iudicium *pro Socio*, ſi, poſt factam diviſionem, ſit aliquid, quod ſocius ſocio praeſtare debeat, cum poſt factam diviſionem iam *res communis non ſit*, proindeque *iudicium communi dividundo* ceſſet, neceſſe eſt hoc caſu recurrere *ad iudicium pro Socio.* Iſt die gemeinſchaftliche Sache zufällig zu Grunde gegangen, und ein Theil dem andern noch Etwas aus der Gemeinſchaft zu leiſten ſchuldig iſt, ſo hat das *iudicium communi dividundo utile* Statt, wie Cajus lehrt *L.* 11. *D. h. t.* In ſumma admonendi ſumus, quod, ſi poſt interitum rei communis is, cui aliquid ex communione praeſtari oportet, eo nomine agere velit, *communi dividundo iudicium utile* datur: veluti ſi actor impenſas aliquas in rem communem fecit, ſive ſocius eius ſolus aliquid ex ea re lucratus eſt, veluti operas ſervi mercedesve, hoc iudicio eorum omnium ratio habetur.

§. 737.

Unter welchen Perſonen findet das iudicium communi dividundo Statt?

Das iudicium communi dividundo hat unter Theilhabern einer res ſingularis Statt, die Gemeinſchaft mag

durch

6) Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. VI. Not. i. Man ſehe auch VINNIUS Selectar. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 36.

durch Vertrag, oder zufällig durch Vermächtniß, oder Schenkung u. d. entſtanden ſeyn. Nihil intereſt, ſagt Cajus [7]), cum ſocietate, an ſine ſocietate res inter aliquos communis ſit: nam utroque caſu locus eſt *communi dividundo iudicio.* Cum ſocietate res communis eſt, veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt. Sine ſocietate communis eſt, veluti inter eos, quibus eadem res teſtamento legata eſt. Es wird jedoch vorausgeſetzt, daß den Theilhabern ein dingliches Recht an der gemeinſchaftlichen Sache aus einem rechtmäßigen Titel zuſtehe [8]), der Rechtstitel bey den einzelnen Theilhabern ſey gleich, oder verſchieden [9]); das dingliche Recht ſey ein Miteigenthum, oder ein gemeinſchaftliches Nutznießungsrecht [10]), oder ein gemeinſchaftliches Pfandrecht [11]), ſie mögen dieſes Pfandrecht vom Schuldner ſelbſt, oder durch eine von dem Richter verfügte miſſio in

7) *L.* 2. *pr. D. h. t.*

8) *L.* 7. §. 3. *D. h. t.* Ex quibusdam autem cauſis vindicatio ceſſat: *ſi tamen iuſta cauſa eſt poſſidendi,* utile communi dividundo competit: utputa ſi *ex cauſa indebiti ſoluti* res poſſideatur. Unter ſolchen, deren Beſitz ungerecht iſt, findet das iudicium communi dividendo nicht Statt. *L.* 7. §. 4. *et* 5. *D. h. t.*

9) Z. E. der eine kann titulo inſtitutionis, der andere titulo legati an der Sache Theil haben. *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* S. VOET Comm. h. t. §. 1. Ferner ſo kann der eine Communionsintereſſent Eigenthümer von einem Theile ſeyn, der andere aber iure pignoris den andern Theil beſitzen. *L.* 2. *Cod. h. t.* S. POTHIER Pandect. Iuſtin. T. I. h. t. Nr. IX. pag. 303

10) *L.* 7. §. 7. *D. eod.*

11) *L.* 7. §. 6. *D. eodem.*

in poſſeſſionem erhalten haben [12]). Nur ein Pfandgläubiger, dem der Schuldner ſeinen Antheil an einer ihm mit einem Dritten gemeinſchaftlichen Sache verpfändet hat, kann gegen den Dritten die Theilungsklage nicht anſtellen, wohl aber kann derſelbe von dem Miteigenthümer ſeines Schuldners auf Theilung provocirt werden [13]). Kommt nun in dieſem Falle die Sache zum öffentlichen Verkaufe, und ſie wird, weil ſie ſich nicht wohl theilen ließ, dem Pfandgläubiger, als dem Meiſtbietenden, zugeſchlagen; ſo muß ſich der Schuldner dies gefallen laſſen, und es wird ihm nicht geſtattet, gegen Bezahlung der Schuld, ſeinen Antheil zurück zu fordern, wenn er nicht auch den andern Theil annehmen will, den der Gläubiger bey der Adjudication an ſich gebracht hat. Ulpian ſagt *L.* 7. §. 13. *D. h. t.* Si debitor communis praedii partem pignori dedit, et a domino alterius partis provocatus creditor eius, aut ab alio creditore alterius debitoris, licendo ſuperavit; et debitor eius, cui res fuit adiudicata, velit partem ſuam praedii reciperare, ſoluto eo, quod ipſe debuit, eleganter dicitur, non eſſe audiendum, niſi et eam partem paratus ſit reciperare, quam creditor per adiucationem emit. Man ſollte denken, der Gläubiger hätte wohl ſollen dem Schuldner von der geſchehenen Provocation ſeines Miteigenthümers Nachricht geben, damit er als Theilhaber ſelbſt hätte bieten können. Allein man nimmt hier an, der Schuldner habe

12) *L.* 7. §. 8. *D. h. t.* Item ſi duo a Praetore miſſi ſunt in poſſeſſionem legatorum: eſt enim iuſta cauſa poſſidendi, cuſtodiae gratia. Ergo et ſi duo ventres, idem erit dicendum. Quod habet rationem.

13) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin.

habe durch die Verpfändung ſeines Antheils den Gläubiger auf den Fall zu ſeinem Bevollmächtigten beſtellt, da die Provocation auf Theilung unterdeſſen geſchehen würde [14]). Uebrigens kann man doch auch dem Gläubiger nicht zumuthen, daß er mit dem Schuldner des Pfandes wegen in eine ihm läſtige Gemeinſchaft trete. Es beruhet alſo dieſe Entſcheidung auf hinreichenden Gründen, wie **Ulrich Huber** [15]) mit mehrerem gezeigt hat.

Auch Theilhaber einer gemeinſchaftlichen Prädialſervitut können nicht auf Theilung des dinglichen Rechts ſelbſt, wohl aber auf getheilte Ausübung deſſelben mit dem iudicio communi dividundo utili klagen, z. B. daß jeder ſie zu einer gewiſſen Zeit und in einem gewiſſen Maaße ausüben darf [16]).

Uebrigens findet die Theilungsklage Statt, die Intereſſenten mögen ſich im Beſitz der gemeinſchaftlichen Sache befinden, oder nicht [17]). Hingegen ſtehet denjenigen, die eine Sache gemeinſchaftlich gepachtet haben, dieſe Klage ſo wenig, als denjenigen zu, denen zugleich eine Sache in Verwahrung gegeben worden iſt [18]). Non enim ſibi, ſagt **Pothier** [19]) ſed domino, a quo coduxerunt, aut depoſitum ſuſceperunt, poſſident. Es wird alſo zur Begründung des iudicii communi dividundo ſchlechterdings

14) *L. 29. ſub fin. D. Familiae erciſc.*

15) Eunomia Rom. Lib. X. ad h. L. pag. 437. ſq.

16) *L. 19. §. 4. D. h. t.* VOET h. t. §. 2.

17) *L. 30. D. h. t.*

18) *L. 7. §. 11. D. h. t.*

19) Pandect. Iuſtin. T. I. h. t. Nr. VIII. not. h.

dings erfordert, daß dem Kläger entweder ein **Miteigenthum** an der gemeinſchaftlichen Sache, gleichviel, von welcher Art es ſey, ein wahres, oder nur ein putatives, wie dem bonae fidei poſſeſſor zugeſchrieben wird [20]), ein vollkommenes, oder nur ein unvollkommenes, wie der Superficiar [21]) oder Emphyteuta [22]) hat, oder ſonſt ein **dingliches Recht** zuſtehe. Gründet ſich die Klage auf das Miteigenthum, ſo wird ſie *iudicium communi dividundo directum*, gründet ſie ſich hingegen auf ein anderes dingliches Recht, ſo wird ſie *iudicium communi dividundo utile* genennt.

§. 738.

Grundſätze von Theilung gemeinſchaftlicher Sachen.

Wenn auf Theilung ſingulärer gemeinſchaftlicher Sachen geklagt wird, ſo können hier mancherley Streitigkeiten entſtehen.

I. Ueber die **Theilungsverbindlichkeit.** Es laſſen ſich hier folgende Fälle gedenken.

1) Einige Theilhaber verlangen die Theilung, andere nicht, ſondern wollen in Gemeinſchaft bleiben. Können letztere durch ihren Widerſpruch die Theilung hindern? Nein, ſie müſſen ſich auf die Theilung einlaſſen, und jene wegen ihrer Antheile abfinden; übrigens kann die Gemeinſchaft unter den letztern beſtehen [23]).

2) Die

20) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo iudicium poſſunt exercere.

21) *L.* 1. §. 8. *D. de Superficieb.*

22) *L.* 7. *pr. et* §. 1. *D. h. t.*

23) *L.* 8. *pr. D. h. t.*

2) Die Theilhaber haben den Vertrag geſchloſſen, daß die Gemeinſchaft nicht aufgehoben werden, und daher die gemeinſchaftliche Sache ungetheilt bleiben ſolle. Es wird darüber geſtritten, in wiefern dieſer Vertrag die Theilhaber verpflichte? Die Grundſätze, nach welchen der Richter dieſen Streit unter den Intereſſenten zu entſcheiden hat, gehen dahin.

1) Der Vertrag, daß die gemeinſchaftliche Sache nie getheilt werden, ſondern die Gemeinſchaft ewig dauern, und alſo auch noch, nach dem Tode der Communionsintereſſenten, unter ihren Erben fortgeſetzt werden ſolle, hat nie die Kraft, daß dadurch die Theilungsklage ganz ausgeſchloſſen werden könne, wenn auch der Vertrag mit einem Eide wäre bekräftiget worden *). Denn Paulus ſagt *L.* 70. *D. Pro Socio.* Nulla ſocietatis in aeternum coitio eſt. Iſt hingegen

2) die Dauer beſtimmt, es ſey nun ſolche entweder auf die ganze Lebenszeit der Intereſſenten erſtreckt, oder auf eine kürzere beſtimmte Zeit beſchränkt worden, binnen welcher die gemeinſchaftliche Sache nicht getheilt werden ſolle, ſo iſt der Vertrag in ſo weit verbindlich, daß kein Theil ohne eine ſehr wichtige Urſache davon abgehen darf [24]). Hierher gehören folgende Stellen.

L. 1. *pr. D. pro Socio.* Societas coiri poteſt vel *in perpetuum*, id eſt, dum vivunt, vel *ad tempus*.

L. 14. *D. eodem.* Si convenerit inter ſocios, *ne intra certum tempus communis res dividatur*, non videtur

*) S. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 3069.

24) Man ſehe hier vorzüglich *Chriſt. Lud.* CRELLII Obſervationes de communione neceſſaria et indiſſolubili. *Vitembergae* 1751. §. 7.

tur conveniſſe, ne ſocietate abeatur. Quid tamen, ſi hoc convenit, *ne abeatur:* an valeat? Eleganter POMPONIUS ſcripſit, *fruſtra hoc convenire.* Nam etſi non conveniet, ſi tamen intempeſtive renuncietur ſocietati, eſſe *pro ſocio actionem.* Sed etſi convenit, *ne intra certum tempus ſocietate abeatur*, et ante tempus renuncietur, poteſt rationem habere renunciatio: nec tenebitur pro Socio, qui ideo renunciavit, *quia conditio quaedam, qua ſocietas erat coita, ei non praeſtatur;* aut *quid ſi ita iniurioſus*[25]) et *damnoſus ſocius* ſit, *ut non expediat eum pati?*

L. 15. *D. eodem.* Vel quod ea re frui non liceat, cuius gratia negotiatio ſuscepta ſit?

L. 16. §. 1. *D. eodem.* Qui igitur paciſcitur, *ne dividat*, niſi *aliqua iuſta ratio* intercedat, nec vendere poterit, *nec alia ratione efficiet, ut dividatur.* Et ſane poteſt dici, venditionem quidem non impediri, ſed exceptionem adverſus emtorem locum habere, ſi ante dividat, quam divideret is, qui vendit.

L. 17. *pr. D. eodem.* Sed et ſocius, qui alienaverit, contra pactionem committit, et tenetur *ſocietatis*, aut *communi dividundo iudicio.*

L. 14. §. 2. *et* 3. *D. Commun. divid.* Si conveniat, *ne omnino diviſio fiat*, huiusmodi pactum nullas vires habere, manifeſtiſſimum eſt. Sin autem *intra certum tempus*, quod etiam ipſius rei qualitati prodeſt, valet. —

25) i. e. facilis ad contumeliam faciendam, conviciumque dicendum, ein zänkiſcher Menſch. S. BRISSONIUS de V. Signif. v. *Iniurioſus.*

let. — Si inter ſocios conveniſſet, ne intra certum tempus ſocietas divideretur, quin vendere liceat ei, qui tali conventione tenetur, non eſt dubium. Quare emtor quoque communi dividundo agendo, eadem exceptione ſummovebitur, qua auctor eius ſummoveretur.

II. Kann der Streit den Theilungsmaasſtab und die Art der Vertheilung unter die Intereſſenten betreffen. Hier treten folgende Grundſätze als Entſcheidungsnormen ein.

1) Die Vertheilung geſchieht nach dem Verhältniß des Antheils, den jeder Communionsintereſſent an der gemeinſchaftlichen Sache hat. Zunächſt aber wird immer Gleichheit der Antheile vermuthet [26]).

2) Wenn die gemeinſchaftliche Sache eine körperliche iſt, ſo iſt ſie entweder

a) theilbar. Dann wird jedem ſein Antheil an der Sache zugeſprochen. *L.* 1. *C. h. t.* Quodſi diviſio praedii ſine cuiusquam iniuria commode fieri poterit, *portionem ſuis finibus tibi adiudicatam poſſidebis.*

b) Die gemeinſchaftliche körperliche Sache iſt phyſiſch oder rechtlich untheilbar. Hier kann der Richter die Sache demjenigen Theilhaber ganz zuſprechen, welcher

26) *L.* 13. *D. de iudic.* *L.* 29. *pr. D. Pro Socio.* *L.* 63. §. 5. *D. eodem.* S. *Chr. Lud.* CRELL Diſſ. de praeſumtione aequalitatis in iudiciis diviſoriis. *Vitemb.* 1735. und THIBAUT Syſt. des P. R. 2. Bd. §. 574.

cher das Mehreſte bietet, oder bey gleichem Gebote demjenigen, welcher den größten Theil an der Sache hat [27]), und dieſem kann er auferlegen, den andern wegen ſeines Antheils mit Gelde abzufinden [28]). Will keiner bieten, oder einer kann den andern nicht überbieten, ſo muß die Sache öffentlich zum Verkauf ausgeboten, und dem Meiſtbietenden überlaſſen werden [29]); oder wenn die Intereſſenten dies nicht wollen, ſo kann der Richter durch Theilung der Rechte an der Sache eine Auskunft treffen [30]). Sind mehrere einzelne Sachen zu vertheilen, ſo müſſen ſie taxirt, und verlooſet werden, was einer über ſeinen Antheil erhalten hat, zahlt er dem andern heraus [31]). Ueberhaupt aber muß immer der Richter bey dem Theilungsgeſchäfte dasjenige zur Norm befolgen, was für alle das Beſte iſt, oder von den Theilhabern ſelbſt beliebt wird [32]).

3) Iſt

27) *L.* 34. §. 2. *C. de donat.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 15.

28) *L.* 1. *Cod. h. t.* Et ea actione aut univerſum praedium, ſi licitatione viceris, exſoluta ſocio parte pretii, obtinebis; aut pretii portionem, ſi meliorem alius conditionem obtulerit, conſequeris.

29) *L.* 3. *C. h. t.* Ad licitationem nonnunquam etiam extraneo emtore admiſſo; maxime ſi ſe non ſufficere ad iuſta pretia, alter ex ſociis, ſua pecunia vincere vilius licitantem, profiteatur.

30) *L.* 6. §. 10. *D. h. t.* Officio iudicis etiam talis adiudicatio fieri poteſt, *ut alteri fundum, alteri uſumfructum adiudicet.* S. den 9. Th. des Commentars §. 628.

31) *L.* 3. *pr. C. h. t.* LAUTERBACH Colleg. Pandect. th. pr. h. t. §. 15.

32) *L.* 21. *D. h. t.* Iudicem in praediis dividundis, *quod omnibus utiliſſimum eſt*, vel *quod malint litigatores*, ſequi convenit.

3) Iſt die gemeinſchaftliche Sache **unkörperlich**, ſo ſind hier verſchiedene Fälle denkbar.

a) Es kann mehreren an der nämlichen Sache ein gemeinſchaftliches **Nutznießungsrecht** zuſtehen. Hier kann die Theilung nach Vorſchrift der *L.* 7. §. 10. *D. h. t.* [33]) auf dreyerley Art geſchehen.

α) Wenn jedem Theilhaber ein verhältnißmäßiger Theil des Grundſtücks zur Benutzung angewieſen; oder

β) das nutznießliche Grundſtück einem Dritten in Pacht gegeben, und der Pachtzins unter die Intereſſenten vertheilt wird; oder man läßt

γ) die Nutznießer ein Jahr um das andere abwechſeln.

b) Es kann mehreren ein gemeinſchaftlicher *uſus* an einer Sache zuſtehen. Ein ſolches Recht iſt eigentlich an ſich untheilbar, und kann auch weder verkauft noch verpachtet werden. Die Auseinanderſetzung kann daher in dieſem Falle füglich anders nicht geſchehen, als in der Art, daß der Richter den Werth ſchätzt; ſodann dem einen der ganze uſus, dem andern aber eine verhältnißmäßige Abfindung in Gelde zugeſprochen wird. Paulus hat ſich hier-

33) *L.* 7. §. 10. *h. t.* ſagt. Quum de uſufructu communi dividundo iudicium agitur, iudex officium ſuum ita diriget, ut vel regionibus eis uti frui permittat; vel locet uſumfructum uni ex illis, vel tertiae perſonae, ut hi penſiones ſine ulla controverſia percipiant; vel ſi res mobiles ſint, etiam ſic poterit, ut inter eos conveniat, caveantque, per tempora ſe uſuros et fruituros: hoc eſt, ut apud ſingulos mutua vice certo tempore ſit uſusfructus.

hierüber *L.* 10. §. 1. *D. h. t.* auf folgende Art erklärt: Si *uſus* tantum noſter ſit, qui neque venire neque locari poteſt; quemadmodum diviſio poteſt fieri in communi dividundo iudicio videamus? Sed Praetor interveniet, et rem emendabit, ut, ſi iudex alteri uſum adiudicaverit, non videatur alter, qui mercedem accepit, non uti: quaſi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter neceſſitatem fit[34]).

c) Es kann auch mehreren ein gemeinſchaftliches Pfandrecht zuſtehen. Hier muß die Theilung des Pfandes nach dem Verhältniß des Schuldbetrags geſchehen. Kann das Pfandſtück auf dieſe Art nicht getheilt werden, ſo muß die Auseinanderſetzung auf die Art geſchehen, daß ein Gläubiger den andern wegen ſeiner Forderung befriediget, und das gemeinſchaftliche Pfand hierdurch allein an ſich bringt, wobey jedoch dem Schuldner das Recht, ſein Pfand wieder einzulöſen, unbenommen bleibt. Ulpian ſagt *L.* 7. §. 12. *D. h. t.* Inter eos, qui pignori acceperunt, talis diviſio fieri debet, ut non vero pretio aeſtimetur pars, ſed in tantum duntaxat, quantum pro

34) POTHIER in Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XLVI. not. c. pag. 310. erläutert dieſe Stelle folgendermaſſen: *Finge duobus coniunctim legatum eſſe eundem uſum: quomodo dividetur inter eos legatum? Nam uſus eſt individuus; an uſum arbiter uni totum adiudicabit, et alteri eum in partem pretii condemnabit? Sed nec hoc fieri poſſe alicui videbitur; uſus enim nec vendi nec locari poteſt: uſuarius enim vendendo aut locando ſuum uſum, magis frui, quam uti videretur. Receptum eſt tamen propter neceſſitatem, ut in iudicio communi dividundo hoc fieri poſſit: nec videbitur is, qui mercedem accipit, magis frui, quam uti, quia magis neceſſitatis, quam fruitionis cauſa eam mercedem accipit.*

pro ea parte debetur; et, ſi adſignetur quidem pignus uni ex creditoribus, licentia tamen non denegetur debitori, debitum offerre, et pignus ſuum luere. Idemque dicitur, et ſi poſſeſſor pignoris litis aeſtimationem pigneratitia [35]) in rem agenti offerat [36]).

Uebrigens wird auch hier vorausgeſetzt, daß die gemeinſchaftliche Sache einer Theilung bedürfe. Die actio communi dividundo geht daher nicht auf nomina communia, d. i. auf gemeinſchaftliche Kapitalforderungen. *Nomina enim ſunt ipſo iure diviſa.* Steht alſo das gemeinſchaftliche Kapital noch bey dem Schuldner, ſo kann jeder gegen den Schuldner auf ſeinen Antheil klagen. Hat hingegen einer von den Intereſſenten das Kapital von dem Schuldner erhoben, ſo kann nach dem hier eintretenden verſchiedenen Verhältniß gegen den Empfänger entweder actione mandati, oder negotiorum geſtorum oder auch pro ſocio geklagt werden. Indeſſen bleibt es den übrigen auch frey, gegen den Schuldner ſelbſt auf ihren Antheil zu klagen, wenn er ohne gehörige Legitimation einem der Intereſſenten das Ganze ausbezahlt hat.

§. 739.

Verhältniß der Theilhaber zu einander in Abſicht auf die Dispoſitionsbefugniß über die gemeinſchaftliche Sache.

So lange die Gemeinſchaft noch wirklich beſteht, kann keiner der Theilhaber für ſich eine Verfügung über die ge-

35) i. e. hypothecaria.

36) Scilicet non aeſtimabitur res vero pretio; ſed duntaxat ad quantitatem debiti, pro quo pignerata eſt creditori, qui hypothecaria agit, wie POTHIER in Pand. Iuſtin. h. t. Nr. XLVII. not. e. hier bemerkt hat.

meinſchaftliche Sache, gegen den Willen der übrigen Theilhaber, ſelbſtſtändig vornehmen. Denn er würde hierdurch in die Rechte der übrigen willkührlich eingreifen. Wenn daher ein Socius mit der gemeinſchaftlichen Sache eine Neuerung vornehmen, oder ſonſt etwas verfügen wollte, was die Rechte des andern Theilhabers kränkte, oder gar auflöſete; ſo hat dieſer ein gegründetes Recht zu widerſprechen, und den Hinderniſſen zu begegnen, welche den Umfang ſeiner Gerechtſame ſchmälern dürften [37]). Ja wenn auch mehrere der Intereſſenten eine ſolche Veränderung vorzunehmen beſchloſſen hätten, und auch nur einer der Theilhaber widerſpricht, ſo iſt dieſer Widerſpruch entſcheidend, und die Veränderung muß unterlaſſen werden. Dies iſt der Sinn der *L. 28. D. h. t.* wo es heißt: In re communi neminem dominorum iure facere quicquam, invito altero, poſſe. Unde manifeſtum eſt, prohibendi ius eſſe. In re enim pari potiorem cauſam eſſe prohibentis, conſtat [38]). Die Mehrheit der Stimmen kann demnach nicht entſcheiden, wenn es auf das Intereſſe eines jeden Einzelnen ankommt [39]). Daher wird die Einwilligung aller Theilhaber erfordert, wenn z. B. von der Veräußerung, oder Verpfändung, oder Verpachtung, oder Beſchwerung der gemeinſchaftlichen Sache mit Dienſtbarkeiten die Rede iſt. Zwar iſt es jedem Einzelnen erlaubt, ſeinen Antheil, auch ohne Einwilligung der übrigen, an einen Fremden zu veräußern. Allein hat er das Ganze eigen

37) §. 9. *I. de rer. diviſ. L. 12. L. 28. D. h. t.*

38) Add. *Cap. 56. de Reg. iuris in VIto.* Man ſehe auch KRUELLS Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. 2. Bändchen Nr. I. §. 26. und 27.

39) PUFENDORF Obſervation. iuris univ. Tom. I. Obſ. 125.

genmächtig verkauft, ſo präjudicirt dies den übrigen nicht, welche in die Veräußerung nicht eingewilliget haben, und das Eigenthum ihres Antheils geht nicht auf den Käufer über. Sie können daher entweder den Käufer zu ihrem Antheil mit der Reivindication in Anſpruch nehmen, oder ſich an den Verkäufer halten. Folgende Stellen des Römiſchen Rechts ſetzen dieſes außer Zweifel.

L. 1. C. de commun. rer. alienat. Si nulla uſucapionis praerogativa, vel diuturni ſilentii praeſcriptio emtorem poſſeſſionis, quam a coheredibus patrui tui diſtractam ſuggeris, pro portione tua munit: in rem actio incolumis perſeverat. At ſi receptum ius (d. h. die Verjährung) ſecuritatem emtori praeſtiterit, arbitrium eſt tibi liberum conveniendi eos, qui pro portione tua ſatis illicitam venditionem celebraverunt.

L. 3. C. eodem. Falſo tibi perſuaſum eſt, communis praedii portionem pro indiviſo, antequam communi dividundo iudicium dictetur, tantum ſocio, non etiam extraneo poſſe diſtrahi.

L. 4. C. eodem. Portionem quidem tuam militantis frater tuus alienare non potuit: eius autem partem, pretio ſoluto, tibi reſtitui poſtulare, nec militari gravitati convenit.

L. un C. Si communis res pignori data ſit. Frater veſter, ſicut nobis invitis portionem vobis competentem obligare non potuit, ita ſuam dando, obligationem creditori quaeſivit. Unde intelligitis, contractum eius nullum praeiudicium domino veſtro facere potuiſſe.

L. 68.

L. 68. *pr. D. Pro ſocio.* Nemo ex ſociis plus parte ſua poteſt alienare, etſi totorum bonorum ſocii ſint.

Ausnahmen finden jedoch Statt,

1) wenn der Fiskus Miteigenthümer iſt. Dieſer hat das Vorrecht, daß er die ganze Sache verkaufen kann, und der andere Theilhaber kann in dieſem Falle nichts weiter fordern, als daß ihm ſein Antheil in Gelde vergütet werde.

L. 2. C. de commun. rer. alienat. Multum intereſt, utrum coheredes tui poſſeſſionem communem diſtraxerunt, an vero fiscus, cum partis dominus eſſet, ſoliditatem iuxta proprium privilegium vendidit. Etenim ſi a fisco facta ſit venditio, fidem eius infringi minime rationis eſt. Si vero coheredes ſoliditatem vendiderunt: licet emtor ab his delegatus partem pretii fisco ſolverit, alteramque in cautionem deduxerit, tamen portioni tuae ea venditio non poteſt obſiſtere.

Das Vorrecht des Fiscus, worauf ſich dieſe Stelle bezieht, ſteht *L. un. Cod. de vendit. rer. fiscal. cum privatis commun.* Forma eſt (es iſt Grundſatz), quoties ad fiscum vel minima portio rei pertinet, ut univerſa a procuratoribus meis diſtrahatur: ſed pretium partis tantum in fiscum redigatur, reliquum dominis partium reſtituatur. Emtorem igitur praediorum, de quibus libellum dediſti, apud ſuum iudicem conveni, uſurum defenſionibus, ſi quae ſibi competunt [40]).

2) Wenn

40) S. Weſtphals Syſtem des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Beſitz, Eigenthum ꝛc. §. 340.

2) Wenn der Gegenſtand der Gemeinſchaft eine cauſa promercalis, d. h. eine ſolche Sache iſt, die deswegen angeſchafft worden, um damit Handel zu treiben. Dieſe kann einer von den Communionsintereſſenten allein verkaufen, weil dieſes dem Zweck der errichteten Gemeinſchaft gemäß iſt [41]).

Hat ein Theilhaber gegen den Willen der übrigen eine Aenderung gemacht, oder machen laſſen, ſo kann er deshalb nicht nur keinen Koſtenerſatz von den übrigen fordern, ſondern er kann auch zur Wiederherſtellung des vorigen Zuſtandes angehalten werden [42]). Hat hingegen ein Fremder eine Veränderung gemacht, und ein Theilhaber, der ſolches allein verhindern konnte, hat ſolches geſchehen laſſen, ſo kann dieſer zwar zur Wiederherſtellung nicht gezwungen, aber mit dem iudicio communi dividundo auf Erſatz des Schadens belangt werden. Papinian ſagt *L.* 28. *D. h. t.* Sed etſi in communi prohiberi ſocius a ſocio, *ne quid faciat*, poteſt, ut tamen factum opus tollat, cogi non poteſt, ſi, cum prohibere poterat, hoc praetermiſit: et ideo per communi dividundo actionem damnum ſarciri poterit. Sin autem facienti conſenſit, nec pro damno habet actionem. Quod ſi quid, abſente ſocio, ad laeſionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.

Ueberall wird jedoch, wenn ein Socius widerſpricht, vorausgeſetzt, daß ſein Widerſpruch gegründet ſeyn müſſe. Wenn daher der Widerſpruch eines Theilhabers gegen eine von

41) VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 7.

42) S. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3068. lit. D.

von den übrigen beſchloſſene Veränderung in einem ſolchen Falle geſchähe, wo die Veränderung dem Widerſprechenden durchaus unſchädlich, oder der gemeinſchaftlichen Beſtimmung der Sache angemeſſen iſt, z. B. das gemeinſchaftliche Haus bedarf einer nöthigen Reparatur; ſo verdient ein ſolcher Widerſpruch gar keine Rückſicht, und kann daher auch von gar keiner Wirkung ſeyn [43]). Der diſſentirende Theilhaber muß alſo, ſeines Widerſpruchs ungeachtet, nicht nur ſeinen Koſtenbeytrag liefern, ſondern er kann ſogar, wenn er ſolchen binnen vier Monaten nicht bezahlt, ſeines Antheils an der gemeinſchaftlichen Sache verluſtig erklärt werden [44]).

§. 740.

Perſonalpräſtationen beym iudicio communi dividundo.

Die actio communi dividundo geht auch auf mancherley perſönliche Präſtationen. Sicut autem ipſius rei diviſio venit in *communi dividundo iudicio*, ſagt Ulpian *L.* 4. §. 3. *D. h. t.* ita etiam *praeſtationes* veniunt. Dieſe ſind nun

I. Berechnung und Herausgabe der von einem Theilhaber gezogenen Nutzungen. Sie müſſen nur erhoben worden ſeyn, nachdem die Sache ſchon gemeinſchaftlich war. Plane fructus ante percepti, *quam res communis eſſet*, in

43) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXVIII. medit. 6. und *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. Commentat. in Pand. h. t. §. 7.

44) *L.* 52. §. 10. *D. Pro Socio.* *L.* 4. *Cod. de aedificiis privat.* Man ſehe auch WESTPHAL Interpretat. iuris de libertate et ſervitutib. praedior. §. 16.

in communi dividundo iudicium non veniunt, ſagt Ulpian *L. cit.* 4. §. 3. *h. t.* Der Beklagte kann jedoch die dabey gehabten Schäden und Koſten in Abzug bringen. Nur muß er auf gemeinſchaftliche Berechnung die Nutzungen erhoben haben. Denn hat er es um ſeines eigenen Vortheils willen gethan, ſo muß er den Schaden allein tragen, und den Gewinn mittheilen. *L.* 6. §. 2. *D. h. t.* ſagt;

Sive autem locando fundum communem, ſive colendo, de fundo communi quid ſocius conſecutus ſit; *communi dividundo iudicio* tenebitur: et, ſiquidem *communi nomine* id fecit, neque lucrum neque damnum ſentire eum oportet (ſc. *ſolum*, *nam commune eſſe debet*); ſi vero non communi nomine, *ſed ut lucretur ſolus*, magis eſſe oportet, ut et damnum ad ipſum reſpiciat [45]).

II. Erſatz des durch Dolus oder Culpa des einen Theilhabers verurſachten Schadens. Es gilt hier in Abſicht auf die culpae praeſtatio der nämliche Unterſchied, den wir in Anſehung der Miterben bey dem iudicio familiae erciſcundae bemerkt haben. Nämlich der Socius richtet entweder

1) durch poſitive Thätigkeit Schaden an, und dann haftet er mit der Klage aus dem Aquiliſchen Geſetz für jede Culpa.

L. 47. §. 1. *D. Pro ſocio.* Si damnum in re communi ſocius dedit, *Aquilia teneri eum*, et CELSUS et JULIANUS et POMPONIUS ſcribunt.

L. 8.

45) §. 4. *I. de Societate. L.* 5. *C. de aedific. privat.*

L. 8. §. 2. *D. Commun. divid.* Venit in communi dividundo iudicium etiam, ſi quis rem communem deteriorem fecerit; forte ſervum vulnerando, aut animum eius corrumpendo, aut arbores ex fundo excidendo. Oder

2) er ſchadet durch **Unthätigkeit** und **Unterlaſſung**. Hier haftet er nur für eine ſolche Nachläßigkeit, dergleichen er in ſeinen eigenen Geſchäften nicht zu begehen pflegt. Seine diligentia in concreto iſt alſo hier der Maasſtab für die Verantwortlichkeit ſeiner Culpa.

L. 72. *D. pro Socio.* Socius ſocio etiam *culpae nomine* tenetur, id eſt deſidiae atque negligentiae: culpa autem non ad exactiſſimam diligentiam dirigenda eſt; *ſufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem ſuis rebus adhibere ſolet;* quia, qui parum diligentem ſibi ſocium adſcivit, de ſe queri debet.

§. *ult. I. de Societate.* Socius ſocio utrum eo nomine tantum teneatur pro ſocio actione, ſi quid dolo commiſerit, ſicut is, qui deponi apud ſe paſſus eſt; an etiam culpae, id eſt deſidiae atque negligentiae nomine? quaeſitum eſt: praevaluit tamen ſententia, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactiſſimam diligentiam dirigenda eſt, *ſufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere ſocium, qualem ſuis rebus adhibere ſolet;* nam qui parum diligentem ſocium ſibi aſſumit, de ſe queri, ſibique hoc imputare debet.

Dieſe Thätigkeit, mit welcher ein Geſellſchafter bisher ſeine eigenen Geſchäfte betrieb, hat der Richter nach äuſſer-

äuſſerlichen Merkmalen zu unterſuchen. Die Verbindlichkeit zu dieſer Thätigkeit in gemeinſchaftlichen Angelegenheiten geht aber nie weiter, als auf das **mittlere Verſehen**, welches ein guter Hausvater nicht zu begehen pflegt. Für eine ſolche culpa levis muß aber auch jeder ſeinem Geſellſchafter haften, welcher noch bisher nie ſeine eigenen Geſchäfte, oder wenigſtens ſolche bisher noch nicht allein, d. h. ohne Vormund betrieb, z. B. er trat mit einem Andern in Geſellſchaftsverhältniſſe, ſobald er von der väterlichen Gewalt oder von der Vormundſchaft befreyet war. Da hier der Maasſtab der diligentiae, quam ſocius ſuis rebus adhibere ſolet, ganz wegfällt; ſo erwartet der andere Contrahent mit Recht von ſeinem Geſellſchafter die Achtſamkeit eines guten Hausvaters, da ihm hier keine Unvorſichtigkeit in der Wahl zur Laſt fallen kann[46]). Hierauf ſind folgende Stellen Ulpians zu beziehen.

L. 23. *D. de Regul. iuris*, wo geſagt wird: *Societas*, et *rerum communio* et dolum et *culpam* recipit.

L. 5. §. 2. *D. Commodati.* Ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto etc. ut *in ſocietate*, et dolus et *culpa* praeſtatur.

Iſt der Schade dadurch verurſacht worden, daß der Communionsintereſſent obrigkeitlichen Befehlen keine Folge leiſtete, ſo iſt er dafür allemal verantwortlich, geſetzt auch, daß der Richter in ſeiner Strenge wirklich zu weit gegangen wäre. Hierher gehört, wenn Pomponius *L.* 20. *D. h. t.* ſagt: Si is, cum quo fundum communem habes, *ad delictum* non reſpondit, et ob id *motu iudicis* villa diruta

46) S. SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 1. Bd. S. 309. ff.

ta eſt, aut arbuſta ſucciſa ſunt, praeſtabitur tibi detrimentum iudicio communi dividundo. *Quidquid enim culpa ſocii amiſſum eſt, eo iudicio continetur.*

Daß hier von einem begangenen Ungehorſam die Rede ſey, beſtätigen die Baſiliken [47]), wo dieſe Stelle folgendermaſſen lautet:

Ἐὰν τȣ͂ ἑνὸς τῶν κοινωνῶν μὴ ὑπακούοντος, ὁ δικαστὴς καταλύσῃ τὸ ἐποίκιον, ἢ τὰ δένδρα κόψῃ, χώρα κατ᾽ αὐτȣ͂ τῷ διαιροῦντι τὰ ἐπίκοινα δικαστηρίῳ· κινεῖται γὰρ ἐπὶ παντὶ ἀπολλυμένῳ ῥᾳθυμίᾳ τȣ͂ κοινωνοῦ. i. e. *Si, uno ex ſociis non obtemperante, iudex villam diruerit, vel arbores ſucciderit, cum eo iudicio communi dividundo agitur: quidquid enim culpa ſocii amiſſum eſt, in hoc iudicium venit.*

Allein worin dieſer Ungehorſam beſtanden, deſſen ſich der Theilhaber an einem gemeinſchaftlichen Grundſtück ſchuldig gemacht hatte, iſt wegen der ſtreitigen Leſeart ſchwer zu beſtimmen. Die Florentine lieſet zwar *ad delictum*, und eben ſo Haloander. So leſen auch mehrere Handſchriften, wie in der Gebauerſchen Ausgabe des Corporis iuris Rom. angemerkt wird; und dieſe Leſeart vertheidigen beſonders Stephan Wilhelm Blancard [48]) und Püttmann [49]). Allein Baudoza und unſer Erlanger Pandecten-Codex leſen *ad edictum*. Dieſer Leſeart will vor-

47) Tom. V. Lib. XII. Tit. 2. Conſt. 20. pag. 51.

48) Disput. de villa motu iudicis diruta, ad L. 20. D. Comm. divid. *Trajecti ad Rhen.* 1737. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. Nr. VII. p. 281. ſqq.)

49) Adverſarior. iuris univ. Lib. I. cap. 4.

vorzüglich **Voet** [50]) darum den Vorzug einräumen, weil ſie mit den Worten *motu iudicis* am beſten zuſammenſtimmen ſoll. Denn dieſe Worte ſollen ſo viel heißen, als impetu non rationali. Dergleichen Affect gezieme nun zwar eigentlich dem Richter nicht, wie **Calliſtratus** *L.* 19. §. 1. *D. de officio Praeſid.* erinnert; das Verfahren ſey folglich in dem gegebenen Falle gar nicht zu rechtfertigen geweſen. Weil indeſſen ſolches durch den Ungehorſam des Socius war veranlaßt worden, ſo ſey auch nun dieſer dem andern Mittheilhaber für die daraus entſtandene Folge verantwortlich. **Cujaz** [51]) hingegen will lieber *ad delectum* leſen. Dieſe Leſeart halten auch **Duaren** [52]), **Taurelli** [53]), **Pothier** [54]) und **Brenkmann** [55]) für die allein richtige, und ſie hat wirklich nicht unbedeutende Gründe für ſich. Denn *L.* 4. §. 10. *D. re militari* ſagt: Gravius autem delictum eſt, detrectare munus militiae, quam adpetere: nam et *qui ad delectum olim non reſpondebant*, ut proditores libertatis, in ſervitutem redigebantur: ſed mutato ſtatu militiae receſſum a capitis poena eſt [56]). Vorzüglich aber wird ſie durch eine Stelle aus **Dionyß von Halicarnaß** [57]) unterſtützt, welcher von der außerordentlichen

50) Commentar. ad Pand. h. t. §. 4.

51) Obſervation. Lib. XIII. cap. 29.

52) Diſputation. anniverſar. Lib. I. cap. 4.

53) Adnotat. in edit. Pand. florent. ad h. L.

54) Pandect. Iuſtin. T. I. h. t. Nr. LXXXIX. not. l.

55) Not. ad h. L. in edit. *Gebauer*.

56) Mehrere ähnliche Stellen aus Quinctilian, Livius, Varro und Valerius führt DUARENUS cit. loc. an.

57) *Antiquitat. Rom.* Lib. VIII. ad A. U. C. 271. pag. 554. edit. *Sylburg*.

lichen Strenge gegen diejenigen, die der Conſcription keine Folge leiſteten, Folgendes aufgezeichnet hat, was ganz auf unſer Geſetz paßt. Οἱ γὰρ ὕπατοι προελθόντες ἔξω τῆς πόλεως ἐν τῷ παρακειμένῳ πεδίῳ, τὰς ςρατηγικὰς δίφρας ἔθηκαν ἐνταῦθα, καὶ τὸν ςρατιωτικὸν ἐποίουν κατάλογον, καὶ τὰς οὐκ ὑπακούοντας τοῖς νόμοις, ἐπειδὴ αὐτὰς ἄγειν οὐκ οἷοίτε ἦσαν, εἰς χρήματα ἐζημίουν ὅσοις μὲν χωρία ὑπῆρχον, ἐκόπτοντες ταῦτα, καὶ τὰς αὐλὰς καθαιροῦντες. d. h. nach der Sylburgiſchen Verſion: *Nam conſules, ex urbe in adjacentem campum egreſſi, poſitis ibi ſellis imperatoriis, delectum habuerunt; et, qui legibus non obedirent, eos, quoniam ipſos ducere nequibant, mulctarunt pecuniis; et ſi qui agros haberent, caeſis arboribus, villisque dirutis.* Es erhellet hieraus, daß die Redensart *ad delectum non reſpondere*, von denjenigen gebraucht wurde, qui, vocati a conſulibus, ut nomen militiae darent, praeſto non erant ad conſulum imperium, wie ſie Pothier [58]) erklärt. Allein dies alles ſcheint mir dennoch nicht hinreichend zu ſeyn, um von der Florentiniſchen Leſeart abzugehen. Denn es iſt nicht wahrſcheinlich, daß Pomponius hier an die ehemalige Strenge der Conſcription gedacht haben ſollte, da Arrius Menander *L.* 4. §. 10. *D. de re milit.* ausdrücklich ſagt, es ſey nur ehemals ſo geweſen, ehe man unter den Kaiſern Truppen in Sold nahm, wie auch Elbert Leoninus [59]) ganz richtig erinnert hat. Es paſſen auch die Worte *motu iudicis* auf dieſen Fall nicht recht, ſo gewiß es auch übrigens iſt, daß unter *iudex* kein iudex pedaneus, ſondern ein Magiſtrat zu verſtehen ſey. Denn daß in-

58) a. a. O. not. l. pag. 319.

59) Emendation. Lib. I. cap. ult.

inſonderheit der Praeſes provinciae, dem das merum imperium über Verbrecher zuſtand, *iudex* genennt werde, erhellet aus mehreren Stellen der Pandecten [60]). Es iſt alſo hier zu Folge der florentiniſchen Leſeart von einem ſolchen Falle die Rede, wo der Beſitzer eines gemeinſchaftlichen Grundſtücks wegen eines angeſchuldigten Verbrechens von dem Magiſtrat, der die Criminalgewalt hatte, war gefordert worden, um auf die wider ihn angeſtellte Anklage zu antworten. Dies heißt hier *reſpondere ad delictum*, wie Blancard [61]) gezeigt hat, und es iſt gar nicht abzuſehen, wie Robert [62]) dieſe Redensart eine ſcriptura abſona nennen kann. Der Vorgeladene gehorchte nun dieſer Ladung nicht, ſondern ergriff die Flucht. Dies ſcheint der eigentliche Fall des Geſetzes zu ſeyn, wie auch der griechiſche Scholiaſt in den Baſiliken [63]) meint, durch deſſen Bemerkung die florentiniſche Leſeart noch mehr beſtärkt wird. Dieſer ſagt nämlich: Τυχὸν ἐπὶ ἁμαρτήματος ἐνήγετο, δὲ κληθεὶς ὀυκ ὑπήκουε· κατέλυσε δὲ ὁ δικαςὴς τὸ κοινὸν εποίκιον. i. e. *Forte enim reus alicuius criminis agebatur, et vocatus non paruit: iudex autem communem villam diruit.* Wenn nun gleich gegen Angeklagte, welche flüchtig geworden, eigentlich nur eine Verſiegelung und Aufzeichnung des hinterlaſſenen Vermögens Statt hatte;

60) *L. 19. D. de offic. Praeſ. §. 9. I. de public. iud.* Vid. *Corn. van.* BYNCKERSHOEK Obſervat. iur. Rom. Lib. I. cap. 2. pag. 12. edit. *Heineccian.*

61) Disputat. cit. Cap. II. §. 3 — 5.

62) Sententiar. iuris Lib. III. cap. 4.

63) Βασιλικῶν Lib. XII. Tit. 2. ad Conſt. 20. Tom. II. pag. 61.

hatte [64]); ſo übereilte dennoch in dem geſetzlichen Falle der Affect des Zorns den Präſes dergeſtalt, daß er gegen den Entwichenen, wie gegen einen überwieſenen Verbrecher, verfuhr, und ſogar die gemeinſchaftliche Villa zerſtören ließ [65]). Der Ausdruck *motus iudicis* wird zwar auch in einer guten Bedeutung gebraucht [66]); allein hier ſoll er wohl nichts anders als den aufwallenden Affect des Zorns und Unwillens bezeichnen, welcher den Richter überraſchte, und ihn verleitete, einen Schritt zu thun, der auf keine Weiſe gerechtfertiget werden konnte. In dieſer Bedeutung kommt der Ausdruck *motus iudicis* öfters vor [67]), und man muß ſich billig wundern, wie Rävard [68]) auf die Grille verfallen konnte, ſtatt motu iudicis, *Magiſtratus imperio* zu leſen. Cornel van Bynkershök [69]) hat ihn deshalb kurz, aber ſehr treffend abgefertiget, wenn er ſagt: omnino aut errat, aut ludit *Raevardus*. Richtiger erklärt Voet [70]) den *motus iudicis* durch impetus non ratio-

64) L. 2. L. 4. *et* 5. *D. de requirend. vel abſent. reis. L.* 1. *C. eodem.* BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *obſignare.*

65) Ein ähnliches Beyſpiel einer ſolchen tumultuoſen Strafe gegen Ungehorſame hat Cicero *Philipp. I. c.* 5. Man ſehe auch *Ev.* OTTO de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. XIII. §. 5. pag. 469.

66) L. 21. §. 3. *D. de teſtib.* L. 10. *C. de accuſat.* L. 2. *Cod. ad SCtum Turpill. L. ult. Cod. Theod. ad L. Corn. de falſ.*

67) L. 19. §. 1. *D. de offic. Praeſ.* L. 12. *C. de offic. Rect. prov.* L. 2. C. *ad SCt. Turpill.*

68) Varior. Lib. I. cap. 7.

69) Obſervation. iuris Rom. Lib. V. cap. 14. Man ſehe auch *Rad.* FORNERIUS Lib. III. Rerum quotidianar. cap. 3.

70) Commentar. ad Pand. h. t. §. 4.

rationalis. Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle; der Theilhaber, der durch ſeinen Ungehorſam den Schaden veranlaßt hat, bleibt auf jeden Fall dem andern zur Entſchädigung verpflichtet.

Noch iſt zu bemerken, daß auch der Erbe für den Schaden ſeines Erblaſſers haftet, und mit der actio communi dividundo ſogar in einem ſolchen Falle belangt werden kann, wo gegen den Erblaſſer die Klage des Aquiliſchen Geſetzes Statt gefunden hätte, wenn gleich dieſe Klage, als Pönalklage, gegen den Erben nicht Statt findet. Paulus ſagt *L.* 10. *D. h. t.* Item, quamvis Legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres ſocii praeſtet, ſi quid defunctus in re communi admiſit, quo nomine Legis Aquiliae actio naſcitur [71]).

III. Erſtattung der zum Beſten der gemeinſchaftlichen Sache aufgewandten Unkoſten. Hierbey ſind jedoch folgende Fälle zu unterſcheiden.

1) Der Miteigenthümer machte die Verwendungen im Auftrage des andern. Hier kann er den Erſatz durch Klage oder Einrede fordern, und in jenem Falle ſich nach Verſchiedenheit des Verhältniſſes, nicht nur des iudicii communi dividundo, ſondern auch der actio mandati, oder pro ſocio, bedienen.

2) Der Miteigenthümer machte die Verwendungen ohne Auftrag. Hier iſt wieder zu unterſcheiden.

K 2 a) Er

71) S. *Ant.* FABER Rational. in Pandect. h. L.

a) Er hat die Auslagen abſichtlich für die gemeinſchaftliche Sache, als ſolche, oder, welches einerley iſt, für das Miteigenthum gemacht. In dieſem Falle kann er den Erſatz derſelben, ſofern ſie nothwendig, oder nützlich ſind, von dem andern Theilhaber fordern.

L. 14. pr. D. h. t. In hoc iudicium hoc venit, *quod communi nomine actum eſt*, aut agi debuit ab eo, qui ſcit, ſe ſocium habere.

Es ſchadet nichts, wenn er ſich auch in der Perſon des Miteigenthümers geirrt, und geglaubt hätte, die Sache gehöre ihm mit dem A. gemeinſchaftlich zu, woran aber dem B. das Miteigenthum zuſteht. Denn es iſt ſchon genug, daß er die Sache für gemeinſchaftlich hielt, und es ihm alſo mehr um die Sache, als um die Perſon zu thun war. **Paulus** ſagt ausdrücklich *L. 29. D. h. t.*

Si quis, quum exiſtimaverit, fundum communem ſibi cum Maevio eſſe, quem cum Titio communem habebat, impendiſſet; recte dicitur etiam *communi dividundo iudicium* ei ſufficere. Hoc enim eſt, ſi ſciam rem communem eſſe, ignorem autem, cuius ſocii, *neque enim negotia ſocii gero, ſed propriam rem tueor;* et magis ex re, in quam impenditur, quam ex perſona ſocii actio naſcitur.

Die Worte: *neque enim negotia ſocii gero*, etc. ſcheinen widerſprechend zu ſeyn, und man ſollte faſt glauben, es müſſe umgekehrt heißen. Dies will auch **Corn. van Bynkershök** [72]). Allein der Ausdruck: *negotia gerere* beziehe

72) Obſervation. iur. Rom. Lib. VI. cap. 11.

zieht ſich immer nur auf fremde Geſchäfte, hingegen kann man eine gemeinſchaftliche Sache mit Recht ſein Eigenthum nennen, ſo weit man Antheil daran hat. So hat nach **Cujaz** 73) dieſe Stelle **Jenſius** 74) ganz richtig erklärt. Vergleicht man hierüber noch die Auctoritäten, welche **Briſſon** 75) geſammlet hat, ſo iſt dieſe Erklärung vollends außer Zweifel geſetzt, und die Bynkershökiſche Wortverſetzung erſcheint nicht nur als eine criſis dura, ſondern contraſtirt auch mit den folgenden Worten: *et magis ex re* etc. wie **Sammet** 76) gegen **Bynkershök** ſehr gründlich erinnert hat. Die letztern Worte aber *et magis ex re* etc. erklärt **Pothier** 77) ganz richtig ſo: *actio communi dividundo magis ex eo naſcitur, quod in rem communem, tanquam communem, impenſum eſt, quam ex eo, quod habita fuerit contemplatio perſonae ſocii. Nam etſi eum noverim, magis mea contemplatione facio (cuius intereſt, tueri negotium, quod ad me pertinet) quam ipſius contemplatione.*

In Abſicht auf die wegen dieſer Verwendungen zuſtehende Klage iſt jedoch folgender Unterſchied merkwürdig.

K 3 α) Der

73) Ad Lib. II. Quaeſtion. Pauli in h. L. 29.

74) Strictur. ad Rom. iuris Pand. ad h. L. 29. pag. 91. ſq.

75) De Verbor. ſignificat. v. *Proprius*.

76) Var. iuris civ. capita. Cap. 6. §. 3. in *Opuscul.* pag. 235. Nach dieſer Erklärung können wir alſo aller weitern Emendation überhoben ſeyn, und wir haben weder nöthig mit *Io. Guil.* PAUW in Obſervationib. iuris Rom. Cap. 16. ſtatt *propriam rem*, *proprie eam rem*, i. e. fundum, de quo inſtituit dicere ICtus, noch mit *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN in Meletemat. iuris civ. Specim. I. Cap. 6. §. 2. *proprie iam rem tueor.* zu leſen.

77) Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. LXXX. not. g. pag. 317.

α) Der Miteigenthümer hätte ſein eigenes Intereſſe wahrnehmen können, ohne zugleich das Geſchäft des andern mit beſorgen zu dürfen. Hier hat die actio communi dividundo nicht Statt, ſondern es kann deswegen nur allein *actione negotiorum geſtorum* geklagt werden [78].
Folgende Stelle des Paulus beſtätigt dieſes ganz klar:

L. 40. D. de negot. geſtis. Si communes aedes tecum habeam, et pro tua parte damni infecti vicino cavero; dicendum eſt, quod praeſtitero, negotiorum geſtorum actione potius, quam communi dividundo iudicio poſſe me petere; *quia potui partem meam ita defendere, ut ſocii partem defendere non cogerer.*

Hierher gehört auch, was Ulpian ſagt *L. 6. §. 7. D. h. t.* Si damni infecti *in ſolidum* praedibus (Bürgen) caveris; *Labeo* ait, *communi dividundo iudicium* tibi non eſſe: *cum neceſſe tibi non fuerit in ſolidum cavere,* ſed ſufficere *pro parte tua.* Quae ſententia vera eſt.

β) Er konnte ſein Geſchäft nicht beſorgen, ohne zugleich mit demſelben das Geſchäft des andern Theilhabers zu verbinden. Hier concurriren electiv die *actio communi dividundo* und *negotiorum geſtorum* [79]. Ulpian theilt uns hierüber *L. 6. §. 2. D. h. t.* folgenden Grundſatz mit.

Non alias *communi dividundo iudicio* locus erit (ut et *Papinianus* ſcribit) niſi id demum geſſit, ſine quo partem ſuam recte adminiſtrare non potuit: alioquin, ſi

78) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3.

79) *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 37. und THIBAUT Syſt. des P. R. 2. Bd. §. 575.

ſi potuit, habes *negotiorum geſtorum actionem*, eaque tenetur.

Daß aber deswegen auch die *actio negotiorum geſtorum* Statt habe, erhellet aus den oben bey dem iudicio familiae erciſcundae (§. 735. S. 115.) bereits angeführten Stellen, nämlich *L.* 18. §. 1. *Cod. familiae erciſc.* und *L.* 3. *Cod. de negot. geſt.* verglichen mit *L.* 6. §. 11. *D. h. t.*

In zwey Fällen hat jedoch nur das *iudicium communi dividundo utile* Statt.

1) Wenn dieser Verwendungen wegen auf Ersatz geklagt wird, nachdem schon die Gemeinschaft der Sache selbst aufgehoben war. Ulpian giebt in der *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* folgenden Grundsatz: Iudicium communi dividundo *utile* datur *de praeſtationibus, quotiens fundus communis eſſe deſiit.* Und Cajus sagt überhaupt in der *L.* 11. *D. eodem.* In ſumma admonendi ſumus, quod ſi poſt interitum rei communis is, cui aliquid ex communione praeſtari oportet, eo nomine agere velit, *communi dividundo iudicium utile datur;* veluti ſi actor impenſas aliquas in rem communem fecit.

2) Wenn sich der Kläger in der Person des Miteigenthümers geirrt hatte, es mag wegen der Verwendungen geklagt werden, ehe noch die Gemeinschaft aufgehoben war, oder auch nachdem er seinen Antheil an einen Dritten veräußert hatte, wie aus folgender Gesetzstelle klar erhellet.

L. 6. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* Si quis putans ſibi cum Titio fundum communem eſſe, — ſumtum fecerit, cum eſſet cum alio communis, agi poterit *utili communi dividundo*

vidundo iudicio. Quare et ſi fundum Titius alienaverit, licet hic communi dividundo iudicio locus non ſit, quia a communione diſceſſum eſt, *utili tamen locum futurum.*

b) Der Miteigenthümer hat Auslagen für die gemeinschaftliche Sache gemacht, aber in der Meinung, ſie für ſich ſelbſt auf ſein privatives Eigenthum zu verwenden. In dieſem Falle kann er der gemachten Verwendungen wegen eigentlich nach der Strenge des Civilrechts nicht klagen, weil er nicht die Abſicht hatte, ſich dadurch irgend einen Andern verbindlich machen zu wollen. Er kann ſich alſo nur durch eine Retention helfen, ſo lange er im Beſitz der gemeinſchaftlichen Sache iſt. Veräußert er alſo die Sache, ſo fällt auch ſogar dieſes Mittel der Retention weg. Jedoch kann ſolches dem Käufer nicht abgeſprochen werden, er mag wegen der Sache ſelbſt von dem Miteigenthümer des Verkäufers mit der Reivindication oder mit der Theilungsklage in Anſpruch genommen werden. Doch läßt man auch hier in der Praxis die *actio negotiorum geſtorum utilis* zu [80]). Aus dem Römiſchen Rechte ſind folgende Stellen hier merkwürdig.

L. 14. §. 1. *D. h. t.* Impendia autem, quae, dum proprium meum fundum exiſtimo, feci, quae ſcilicet, ſi vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere poſſem, an etiam, ſi communi dividundo iudicio mecum agetur, aequitate ipſius iudicii retinere poſſim, conſiderandum eſt? Quod quidem magis puto: quia bonae fidei iudicium eſt communi dividundo. Sed hoc

80) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 13. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3068. Not. d.

hoc ita, ſi mecum agatur. Caeterum, ſi alienavero partem meam, non erit, unde retinere poſſim. Sed is, qui a me emerit, an retinere poſſit, videndum eſt: nam et ſi vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego feciſſem, ita, ut ego, poterat retentionem facere: et verius eſt, ut et in hac ſpecie expenſae retineantur. Quae cum ita ſint, rectiſſime dicitur, etiam impendiorum nomine utile iudicium dari debere mihi in ſocium, etiam manente rei communione. Diverſum eſt enim, cum quaſi in rem meam impendo, quae ſit aliena, aut communis. *Hoc enim caſu, ubi quaſi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo: quia neminem mihi obligare volui.* At cum puto rem Titii eſſe, quae ſit Maevii, aut eſſe mihi communem cum alio, quam eſt: id ago, ut alium mihi obligem; et ſicut negotiorum geſtorum actio datur adverſus eum, cuius negotia curavi, cum putarem alterius ea eſſe, ita et in propoſito. Igitur et ſi abalienavero praedium, quia in ea cauſa fuit, ut mihi actio deberet, danda mihi erit, (ut *Iulianus* quoque ſcribit) negotiorum geſtorum actio.

L. 29. *pr. D. eodem.* Diverſa cauſa eſt eius, qui putat, ſe *in rem propriam* impendere, cum ſit communis: *huic enim nec communi dividundo iudicium competit, nec utile dandum eſt.* Ille enim, qui ſcit, rem eſſe communem, vel aliena [81]) negotia eo animo gerit, ut aliquem ſibi obliget, et in perſona labitur.

In

81) Statt *aliena* will Cujaz ad Pauli Quaeſt. h. L. lieber *alienam* leſen, nämlich in Beziehung auf rem, und dann unterſcheidet er dieſes Wort von *negotia* durch ein Comma. Allein

mit

In der erſtern Stelle machen die Worte: *Quae cum ita ſint — manente rei communione* den Auslegern nicht wenig zu ſchaffen. **Paulus** redet dort von dem Falle, wenn der Miteigenthümer Unkoſten auf die gemeinſchaftliche Sache verwendet hat, in der Meinung, ſie ſey ſein privatives Eigenthum, und ſagt, daß hier, wie bey der Reivindication, nur durch eine Retention mittelſt der exceptio doli Erſatz gefordert werden könne. Wie konnte nun **Paulus** aus dieſem Vorderſatz die Folge ziehen, daß auch während der Communion deshalb das iudicium communi dividundo utile Statt habe? Dies ſteht ja nicht nur mit dem Vorhergenden, ſondern auch mit dem Nachfolgenden in offenbarem Widerſpruche, wo **Paulus** nochmals ſagt: *hoc enim caſu, ubi quaſi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui.* Allein dies iſt nicht die einzige Schwierigkeit, mit welcher die Ausleger hier zu kämpfen haben. Auch die letztern Worte: *Igitur*

mit Recht hat hierbey *Corn. van* BYNKERSHOEK Obſervation. iuris Rom. Lib. VI. cap. 11. pag. 127. bemerkt, daß dieſes keine Erfindung des Cujaz ſey. Denn eben ſo leſen ſchon alle Ausgaben vor der Taurelliſchen, welche Bynkershök ſelbſt verglichen hat. Ich habe dieſe Leſeart auch bey Baudoza, und Contius (Paris 1562. 8.) gefunden. Allein die florentiniſche Leſeart, mit welcher auch unſer Erlanger Pandecten Codex übereinſtimmt, läßt ſich vollkommen rechtfertigen. Bynkershök meint zwar, man müſſe das vel durch etiam erklären, wie es öfters bey den Rechtsgelehrten gebraucht wird. Allein dies iſt gar nicht nöthig. Man darf nur nach aliena negotia ein Comma ſetzen. Dieſe Interpunction findet man auch in der Ausgabe des Hugo a Porta *Lugduni* 1572. f. und Julius Pacius, *Lugduni* 1580. Eine ſolche modeſta criſis verdient unſtreitig den Vorzug. S. *Io. Gotfrid.* SAMMET Varia iuris civ. capita. Cap. 6. §. 4. in *Opuſcul.* pag. 236.

Igitur etſi abalienavero praedium — — danda mihi erit negotiorum geſtorum actio, ſind ihnen anſtößig. Im ganzen Text iſt ja von dem *iudicio communi dividundo utili* die Rede; und dieſe Klage findet wegen der perſönlichen Präſtationen noch immer Statt, wenn auch durch Veräußerung des einen Theils der Sache die Communion in Anſehung des Veräußerers aufgehört hat. Was ſoll alſo hier die actio negotiorum geſtorum?

Cujaz[82]) und **Anton Faber**[83]) halten daher dieſe Stelle für corrupt. Jedoch emendiren ſie auf verſchiedene Art. Erſter lieſet: *etiam non manente rei communione:* und erklärt dieſe Stelle ſo, daß das iudicium communi dividundo utile, von welchem in dieſen Text die Rede ſey, auch dann Statt habe, wenn die Communion nicht mehr exiſtirt.

Pothier[84]) und **Siegmund Reichard Jauch**[85]) ſind dem **Cujaz** beygetreten. Allein **Faber** glaubt, daß man dem Zuſammenhange zu Folge vielmehr leſen müſſe: *utile iudicium dari non debere*, weil in dem Vorhergehenden die Rede davon ſey, was der Verwendungen wegen für ein Rechtsmittel Statt habe, wenn der Miteigenthümer ſie in der Meinung gemacht hat, daß die gemeinſchaftliche Sache ſein privatives Eigenthum ſey? Denn hier falle alle Klage weg. Weil nun aber zu dieſer Erklärung die folgen-

82) Lib. II. Quaeſtion. Pauli ad L. 29. D. h. t.

83) Conjecturar. iuris civ. Lib. III. cap. 2.

84) Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. LXXXI. not. k. pag. 317.

85) Meditation. criticae de Negationibus Pandect. florentin. Cap. XIII. nr. 6. pag. 171. et Cap. XVI. nr. 7. pag. 245.

folgenden Worte: *Diverſum eſt enim* etc. nicht paſſen, ſo emendirt er hier auf folgende Art. Diverſum eſt enim cum quaſi *in rem alienam, aut communem, aut cum quaſi in rem meam impendo*, quae ſit aliena vel communis. Denn dieſe beyden Fälle ſetze **Paulus** einander entgegen. Man ſehe dies auch ſchon daraus, weil es ſonſt nicht nöthig geweſen wäre, nach den folgenden Worten: Hoc enim caſu, noch hinzuzufügen: *ubi quaſi in rem meam impendo*, wenn vorher blos von dieſem Falle allein die Rede geweſen wäre.

Soviel die oben angegebene andere Schwierigkeit anbetrifft, ſo hält **Cujaz** die Worte: *negotiorum geſtorum* für ein Gloſſem eines unwiſſenden Auslegers, und will, daß man ſie ganz wegſtreiche. **Faber** hingegen hält ſie für ächt, und erklärt ſie ſo. Wenn ich Koſten zwar abſichtlich auf eine fremde oder gemeinſchaftliche Sache verwende, mich aber dabey in der Perſon des Eigenthümers, oder Miteigenthümers geirrt habe, ſo finde wegen des Erſatzes eine Klage Statt, weil ich hier die Abſicht gehabt habe, mir einen andern verbindlich zu machen. Dieſe Klage ſey bey beſtehender Communion das iudicium communi dividundo utile, nach Aufhebung derſelben aber die actio negotiorum geſtorum.

Ohne alle Emendation hingegen hat **Juſtus Meier**[86]) die *L.* 14. auf folgende Art zu erklären geſucht. **Paulus**, ſagt er, geht von dem Grundſatz aus, was dem Beſitzer die exceptio doli iſt, wenn er mit der Reivindication in Anſpruch genommen wird, das gewährt ihm die aequi-

86) Ευδοξων Iuſtinianeor. ſive Diſputation. apologeticar. iuris civ. Decad. III. Cap. 8.

aequitas iudicii bey der Theilungsklage. Aus dieſer Prämiſſe leite nun der Römiſche Juriſt die Folge her, daß in dem Falle, da der Beſitzer auf das gemeinſchaftliche Grundſtück in der Meinung, es ſey ſein privatives Eigenthum, Unkoſten verwendet hat, dieſer Verwendungen wegen, ſo lange die Communion beſteht, auch das iudicium communi dividundo utile Statt haben müſſe. Die Partikel *etiam* zeige alſo hier eine Fortdauer an, und ſey ſoviel, als *etiamnum manente communione.* Der in den Geſetz enthaltene Satz ſey demnach folgender:

Quicunque impendia aequitate iudicii retinere poteſt, ſi cum eo agatur communi dividundo, durante communione; eidem, manente adhuc rei communione utile dandum eſt iudicium. Cum enim durante communione ſit iudicium communi dividundo: et eidem inſint impendia, cur de iis, ſuadente aequitate, non datur iudicium?

Nun konnte aber die Frage entſtehen, warum gerade nur bey noch beſtehender Gemeinſchaft das iudicium utile Statt haben ſolle, da doch ſonſt dieſe Klage auch noch nach aufgehobener Communion geſtattet wird? *L. 6. pr. et §. 1. L. 11. D. h. t.* Hierauf antworte der Röm. Juriſt, der Fall, wenn ich auf eine gemeinſchaftliche Sache Koſten verwende, als wäre ſie meine eigene Sache, ſey von dem verſchieden, von welchem die Regel ſpreche, die im Principium der *L.* 14. angegeben wird. Denn da ich hier nicht communi nomine gehandelt habe, und folglich auch mir Niemanden habe verbindlich machen wollen, ſo entſtehe hier keine Klage ex ipſa geſtione, ſondern blos aus der noch fortdauernden Communion. Habe ich mich hinge-

hingegen blos in der Perſon desjenigen geirrt, den ich für meinen Miteigenthümer hielt, ſo habe ich communi nomine gehandelt; und das iudicium communi dividundo iſt begründet, die Gemeinſchaft mag noch beſtehen, oder ſchon getrennt ſeyn. Zwar ſey es auch in dem Falle, da ich Koſten auf die gemeinſchaftliche Sache verwendet habe, als wäre ſie mein privatives Eigenthum, nicht minder der Billigkeit gemäß, daß mir noch, nach aufgeh ner Communion, eine Klage zuſtehe; weil eine Klage während der Gemeinſchaft Statt fand; allein die actio communi dividundo utilis könne hier nicht angeſtellet werden, ſondern die actio negotiorum geſtorum utilis.

Nach dieſer Erklärung würde alſo in dem Falle, da der Miteigenthümer Koſten auf die gemeinſchaftliche Sache verwendet hat, aber in der Meinung, ſie für ſich ſelbſt auf ſein privatives Eigenthum zu machen, eine Klage Statt finden! Wie läßt ſich aber damit vereinigen, wenn eben dieſer Paulus *L. 29. D. h. t.* ausdrücklich ſagt: *Qui putat, ſe in rem propriam impendere, cum ſit communis, huic nec communi dividundo iudicium competit, nec utile dandum eſt?* Die Schwierigkeit iſt alſo durch dieſe Interpretation im mindeſten nicht gehoben worden. Soviel iſt indeſſen wohl gewiß, daß in der *L. 14. cit.* nur von zwey Fällen die Rede ſey, welche Paulus mit einander vergleicht, nämlich wenn man eine gemeinſchaftliche Sache für ſein privatives Eigenthum hält, und dann, wenn man zwar weiß, daß die Sache gemeinſchaftlich iſt, aber ſich in der Perſon des Miteigenthümers geirrt hat. Daher kann die Emendation des Cujaz, welcher *etiam non manente rei communione* leſen will, ſchlechterdings keinen Beyfall finden, da

ihr

ihr ſowohl der ganze Zuſammenhang des Textes, als auch die Auctorität des florentiniſchen Codex und die übereinſtimmende Leſeart aller übrigen Handſchriften und Ausgaben der Pandecten offenbar entgegen ſtreitet. Man wird ſich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man mit der *L.* 14. die Baſiliken [87]) vergleicht, welche den Sinn derſelben auf folgende Art darſtellen.

Εἰ μὲντοι εἰς τὸ κοινὸν ὡς ἴδιον δαπανήσει, καὶ κινειται κατ᾽ αὐτοῦ ἡ ἐπὶ τῷ πρὰγματι ἀγωγὴ ἐπὶ τῷ μέρει· ἢ τὸ διαιροῦν τὰ ἐπὶκοινα δικαςήριον, ἔχει παρακατάσχεσιν ἐπὶ τῷ μὲρει τῆς δαπάνης· καὶ ὁ παρ᾽ αὐτοῦ ἀγοράσας ἔχει τὴν αὐτὴν παρακατάσχεσιν, ἐφ᾽ οἷς ὁ πράτης ἐδαπάνησεν· ὁ γὰρ ὡς εἰς ἴδιον δαπανῶν ἐν πραγματι κοινῷ, ἢ αλλοτρίῳ, μόνην ἔχει παρακατασχεσιν· ὀυδένα γὰρ ἠθέλησεν ἑαυτῷ ἐνοχοποιῆσαι. εἰ μέν τοι κοινὸν ᾖδει τὸ πρᾶγμα, περί δὲ τὸ πρόσωπον ἐπλανᾶτο τοῦ κοινωνοῦ, ἁρμόζει τὸ διαιροῦν τὰ ἐπὶκοινα δικαςήριον· ὥσπερ ὅτε τὸ τοῦ Πέτρου πρᾶγμα διοικήσω, ὡς τὸ Παύλου, ἔχω κατὰ τοῦ Πέτρου τὴν περὶ διοικήσεως ἀγωγὴν. i. e. *Si tamen in rem communem, quaſi in rem ſuam, impenderit, et ab eo pars vindicetur, vel cum eo communi dividundo agetur, partem ſumtuum retinebit, et qui ab eo emit partem quoque impendiorum, quae venditor fecit, retinere poteſt: qui enim in rem communem cum alio, vel in rem alienam, quaſi in rem ſuam, impendit, tantum retentionem habet: neminem enim ſibi obligare voluit. Si tamen ſciebat, rem eſſe communem, erraverit autem in perſona ſocii, communi dividundo iudicium competit, ſicut, cum Petri negotia curavi, cum putarem Pauli ea eſſe, adverſus Petrum negotiorum geſtorum actionem habeo.*

Hier.

87) Tom. II. Lib. XII. Tit. 2. Conſt. 14. pag. 48. ſq.

Hieraus ergiebt ſich alſo, daß die Worte der *L.* 14. Quae cum ita ſint, — etiam manente rei communione, ſich nothwendig auf das Vorhergehende beziehen, wo von dem Falle die Rede iſt, da der Miteigenthümer Auszogen für die gemeinſchaftliche Sache gemacht hat, aber in der Meinung, daß ſie ihm allein zugehöre. Da nun aber freylich die Schlußfolge in dieſer Verbindung nicht affirmativ, ſondern nur negativ ausfallen konnte, ſo dürfte wohl die Faberſche Emendation, *utile iudicium dari non debere*, vor der Cujazianiſchen den Vorzug verdienen, wenn ihr nur die Auctorität des florentiniſchen Codex nicht ebenfalls entgegenſtünde. Einen richtigern Weg ſchein mir daher **Petrus Duirſema** [88]) eingeſchlagen zu haben. Dieſer ſucht durch eine Gemination der Schwierigkeit abzuhelfen, indem er die letzte Sylbe in dem Worte *nomine* doppelt lieſet, woraus nun, ohne mit **Faber** die Partikel *non* einſchieben zu dürfen, folgender negativer Sinn entſteht: impendiorum nomine *ne* utile iudicium dari debere mihi in ſocium, etiam manente rei communione. Die Partikel NE bedeutet aber hier ſoviel als *ne quidem*. Dies lehrt nicht nur der ganze Zuſammenhang, ſondern es wird auch die Partikel NE in der Bedeutung für *ne quidem* vorzüglich vom **Paulus** ſehr häufig gebraucht, wie aus mehreren Fragmenten dieſes Rechtsgelehren erhellet. Ich muß hiervon um ſo mehr einige anführen, da weder **Briſſon** [89]), noch **Wunderlich** [90]) dieſe Bedeutung haben,

88) Conjecturalium iuris civ. (*Groeningae* 1714. 8.) Lib. II. Cap. 9. §. 2.

89) De Verbor. iuris Significat. voc. *Ne*.

90) Additament. ad *Briſſonium*.

ben, und auch **Duirſema** ſeine, gewiß vor allen den meiſten Beyfall verdienende, Conjectur gar nicht weiter unterſtützt hat, ſondern dieſe Bedeutung als bekannt vorausſetzt. Zum Beweis werden folgende Stellen, wie ich hoffe, hinreichend ſeyn.

L. 13. §. 1. *D. de interrogat. in iure.* Eum, qui patremfamilias, ſuum eſſe reſponderit ſervum, non teneri noxali actione: ac NE, ſi bona fide liber homo mihi ſerviat, mecum noxali iudicio agi poteſt.

L. 31. *pr. D. de excuſat.* Nec me movet, quod dicat aliquis, hoc NE exigi, an adminiſtretur tutela.

L. 21. §. 1. *D. de actione rer. amotar.* Si ſervus mulieris, iuſſu dominae, divortii cauſa res amoverit, PEDIUS putat, NE furtum eum facere, quoniam nihil lucri ſui cauſa contrectet.

L. 2. *D. de Rei vind.* Sed ſi par numerus duorum interfuerit, neuter ſolidum gregem, ſed NE partem dimidiam totius eius vindicabit.

Haloander verwandelt zwar in allen dieſen Stellen das NE in nec; allein ohne allen Grund, wie **Joh. Wilh. Marckart** [91]) gezeigt hat. Ich will nur noch eine Stelle des **Paulus** aus der *Collatione Legg. Moſaicar. et Rom.* anführen, wo es Tit. XVI. §. 3. heißt:

Quem filius emancipatus ſuſcepit, vel adoptavit, ſui heredis locum obtinere non poteſt. Adoptivus tamen

91) Interpretation. receptar. iuris civ. Lectionum. Lib. I. cap. 6. §. 1.

tamen NE quaſi cognatus bonorum poſſeſſionem eius potiri poteſt.

Anton Schulting [92]) will zwar hier ebenfalls ſtatt NE, vielmehr *nec* leſen; es iſt aber auch dieſe Emendation ganz unnöthig, wie Corn. Valerius Vonck [93]) und Herrmann Cannegieter [94]) mit Recht erinnert haben. Daß die Partikel NE in der angegebenen Bedeutung auch ſonſt bey den römiſchen Claſſikern ſehr häufig vorkommt, haben Burmann [95]), Ducker [96]) und Scheller [97]) aus vielen Stellen der Alten erwieſen. Wer übrigens mit der Schreibart in den alten codicibus, und beſonders mit den Abbreviaturen der florentiniſchen Pandecten nicht ganz unbekannt iſt, wird wiſſen, daß eine der aller gewöhnlichſten und häufigſten Abkürzungen gewiß diejenige iſt, daß man mehrere auf einander folgende gleiche Buchſtaben, ja ganze gleichlautende Wörter der Kürze wegen zuſammenzog, und nur einmal hinſchrieb; z. B. ſtatt neceſſe eſſet, *neceſſet*, ſtatt ei ius *eius* u. ſ. w. [98]). Ihn wird es daher auch nicht befremden, wenn hier durch eben das Mittel der

92) Iurisprud. Antejuſtin. pag. 796. Not. 34.

93) Specim. critic. in varios Auctores. (*Trajecti ad Rhen* 1744. 8.) pag. 52.

94) Obſervation. iuris Rom. Lib. II. cap. 7. pag. 168.

95) Ad *Quinctilian.* Inſtitut. orator. Lib. VI. cap. 1. et ad *Petronium* cap. 9.

96) Ad *Florum* Lib. III. cap. 17.

97) Lateiniſch-deutſches Wörterbuch ſub voc. *Ne* lit. C. S. 3850.

98) S. *Guil.* BEST Ratio emendandi leges Cap. I. Nr. IV. pag. 20. ſqq. und *Corn. van* BYNKERSHOEK Obſervation. iur. Rom. Lib. IV. cap. 20.

der Gemination einer Schwierigkeit iſt abgeholfen worden, welches unſern Critikern in unendlich vielen andern Fällen ſo vortrefliche Dienſte geleiſtet hat, corrupte Stellen der Pandecten in ihrer vorigen Aechtheit und altem Glanze wieder herzuſtellen [99]). Die Worte: *etiam manente rei communione* ſind nun ſo zu verſtehen: etiamſi maneret rei communio. Der Sinn der Worte: *Quae cum ita ſint* etc. wäre nun alſo der: Es folgt hieraus, daß man mit vollkommenen Grunde behaupten könne, der Unkoſten halber finde in dem Falle, da der Miteigenthümer die gemeinſchaftliche Sache für ſeine eigene gehalten hat, auch nicht einmal eine actio utilis Statt, wenn gleich keine Veräußerung geſchehen iſt, ſondern die Gemeinſchaft in Anſehung der Sache wirklich noch beſteht. Ganz anderer Meinung unter den neuern Rechtsgelehrten iſt zwar **Joh. Gottfr. Sammet** [100]). Nach ſeiner Erklärung ſoll das utile iudicium auch dem zuſtehen, welcher die Koſten auf die gemeinſchaftliche Sache in der Meinung verwendet hat, als ob ſie ihm allein zugehöre, und zwar geſtatte **Paulus** hier darum nur ein iudicium utile, *etiam manente rei communione*, wenn gleich ſonſt, bey noch beſtehender Communion, ein iudicium directum Statt finde; weil das directum nur in dem Falle Statt habe, wenn die Koſten auf die gemein-

L 2

99) Man vergleiche z. B. BEST Ratio emend. LL. Cap. 11. 12. et 14. *Herm.* CANNEGIETER Obſervation. iuris Rom. Lib. I. cap. 18. *Io. Conr.* RÜCKER Obſervationes Cap. 3 et 4. *Corn. van* BYNKERSHOEK Obſervation. iur. Rom. Lib. VI. cap. 6. et cap. 18. ſo wird man genug Beyſpiele ſolcher Geminationen finden.

100) Receptar. Lectionum ad *Iauchium* libr. ſing. Cap. 7. (in *Opuscul.* pag. 129.)

meinſchaftliche Sache, als ſolche, abſichtlich verwendet worden ſind. Allein dieſer Erklärung ſteht offenbar eben das entgegen, was gegen die oben angeführte Interpretation des **Juſtus Meier** erinnert worden, von der ſie faſt gar nicht unterſchieden iſt.

Die folgenden Worte: *Diverſum eſt enim* etc. ſtehen nun auch mit dem Ganzen in genauem Zuſammenhange, denn der Sinn gehet dahin: der Fall, von dem hier die Rede iſt, *cum quaſi in rem meam impendo, quae eſt communis*, ſey freylich von dem, welcher gleich Anfangs erwähnt war, *ſi quid communi nomine actum eſt*, geſetzt auch, daß man ſich in der Perſon dabey geirret habe, ganz verſchieden.

Wie die letztern Worte: *Igitur et ſi abalienavero praedium — negotiorum geſtorum actio;* den Auslegern haben einige Schwierigkeit, ja wie ſie eine ſolche Mißdeutung haben verurſachen können, als wir hier in ihren Interpretationen finden, iſt unbegreiflich. Weder **Cujaz**, welcher die Worte *negotiorum geſtorum* als ein Gloſſem weggeſtrichen haben will; noch **Anton Faber**, welcher in dem Fall, da ſich der Miteigenthümer in der Perſon des Theilhabers geirrt hat, einen Unterſchied macht, ob die Gemeinſchaft noch beſteht, oder durch Veräußerung aufgehört hat, und nur im erſten Fall des iudicium communi dividundo für begründet halten will, dahingegen in dem letzten die actio negotiorum geſtorum Statt haben ſoll; noch **Juſtus Meier**, welcher gar die letzten Worte des §. 1. der *L.* 14. von dem Falle verſteht, da der Miteigenthümer die gemeinſchaftliche Sache für ſein privatives Eigenthum gehalten hat; verdient Beyfall. Darin haben **Cujaz** und **Faber** vollkom-

men

men recht, daß die Worte: *Igitur et ſi alienavero* praedium blos von dem Falle zu verſtehen ſind, da ſich der Miteigenthümer zwar in der Perſon des andern Theilhabers geirrt, die Auslagen aber doch für die gemeinſchaftliche Sache gemacht hat. Allein die Auctorität des florentiniſchen Codex, und die übereinſtimmende Leſeart aller bis jetzt bekannten Handſchriften und Ausgaben der Pandecten erlaubt eines Theils kein Wegſtreichen der Worte *negotiorum geſtorum;* andern Theils aber iſt es auch noch keine Folge, daß die actio negotiorum geſtorum in dem Falle, da durch Veräußerung die Gemeinſchaft aufgehört hat, darum die allein zuſtändige ſey, weil ſie hier blos genannt iſt. Denn daß auch hier die actio communi dividundo utilis electiviſch concurrire, erhellet aus der *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* ganz klar.

Von der Wirkung einer mittelſt des iudicii communi dividundo geſchehenen Theilung hat zwar **Hellfeld** nichts geſagt, es verdient aber doch wenigſtens bemerkt zu werden, daß hier eben das gilt, was in dem vorigen Titel bey der Erbtheilungsklage hiervon geſagt worden iſt. Was alſo dem Theilhaber gerichtlich zuerkannt worden iſt, wird gleich ſein privatives Eigenthum [1]), und der Richter muß ihm dabey ſchützen [2]). Es kann auch hier wegen der Entwährung Caution gefordert werden [3]). Entſteht während des Theilungsgeſchäfts über ein Recht des gemeinſchaftli-

L 3 chen

1) §. *ult. I. de officio iud.*

2) *L.* 44. §. 1. *D. famil. erciſc.* Si familiae erciſcundae, vel *communi dividundo* actum ſit: adiudicationes Praetor tuetur, exceptiones aut actiones dando.

3) *L.* 10. §. 2. *D. h. t.* In communi dividundo iudicio — *de evictione* quoque cavendum erit.

chen Grundſtücks zwiſchen den Miteigenthümern und einem Dritten ein Streit, ſo wird zwar der Prozeß bis zur Theilung auf gemeine Rechnung geführt, und die erhaltenen Vortheile gehören auch zur Gemeinſchaft; nachher aber, wenn dem einen Intereſſenten das ganze Grundſtück allein zuerkannt worden iſt, müſſen ſämmtliche Theilhaber einander gegenſeitig caviren, daß ſie das, was ſie durch dieſen Prozeß, als zur gemeinſchaftlichen Sache gehörig, erſtreiten werden, dem Adjudicatar überlaſſen wollen, dahingegen dieſer auch dagegen ihnen die, von Zeit der Adjudication an, aufgewandte Prozeßkoſten erſetzen zu wollen, ſich anheiſchig macht [4]).

4) *L. 47. pr. D. famil. erciſc.* In iudicio familiae erciscundae, vel *communi dividundo*, ſi, dum res in arbitrio ſit, *de iure praedii* controverſia ſit, placet, omnes eos, inter quos arbiter ſumtus ſit, et agere et opus novum nunciare pro ſua quemque parte poſſe: et cum adiudicationes ab arbitro fiant, ſi uni adiudicetur totus fundus, caveri oportet, ut quae ex his actionibus recepta fuerint, reddantur; aut quae in eas impenſae factae fuerint, praeſtentur: et ſi, cum res in iudicio eſſet, eo nomine actum non fuerit, eum ſequi integram actionem, cui totus fundus adiudicatus fuerit, aut pro quacunque parte adiudicatus fuerit, aut pro quacunque parte adiudicatus erit. S. POTHIER Pandect. Iuſtin. h. t. Nr. XLVIII. pag. 310. und Weſtphals Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 830.

Lib. X. Tit. IV.

Ad exhibendum.

§. 741.

Was heißt *exhibere?* Was iſt die *actio ad exhibendum?* In welchen Fällen hat ſie Statt?

Der Ausdruck *Exhibere* [5]) hat in unſern Geſetzen verſchiedene Bedeutungen.

1) Im allgemeinen Sinn heißt es, einen Gegenſtand dem Andern darſtellen, ſo daß er ihm gegenwärtig iſt. Cajus ſagt *L.* 22. *D. de Verb. Signific. Exhibere* eſt praeſentiam corporis praebere. Und Ulpian erklärt es noch ausführlicher, wenn er *L.* 3. §. 8. *D. de homine libero exhib.* ſagt: *Exhibere* eſt in publicum producere, et videndi tangendique hominis facultatem praebere. So wird alſo das Wort nicht nur von Sachen, ſondern auch von Perſonen gebraucht. Z. B. exhibere eum, quem iudicio ſiſti promiſimus. *L.* 17. *D. de in ius voc. L.* 4. *D. In ius vocati ut eant. L.* 4. *D. Qui ſatisdare cog. L.* 45. §. 3. *D. Mandati.* Allein hier, wo von der actio ad exhibendum die Rede iſt, reicht dieſe Bedeutung nicht hin. Daher tadelt Pomponius *L. ult. D. de Verbor. Signif.*

 den

5) Ueber die Etymologie dieſes Worts vergleiche man *Aegid.* MENAGII Amoenitat. iuris civ. Cap. 39. pag. 284.

den Labeo, wenn dieſer ſagt: *Exhibere* ſey auch hier nichts anders, als *praeſtare eius, de quo agitur, praeſentiam*, da dieſer Ausdruck in dem Titel ad exhibendum, zu welchem die angeführte *L. ult.* gehört, mehr als eine bloße Darſtellung des Gegenſtandes, weshalb geklagt wird, in ſich begreift [6]). Hier heißt alſo

2) *Exhibere* in einem engern Sinn ſoviel, als eine körperliche Sache dem Andern, der ein Intereſſe hat, ſie zu ſehen, an Gerichtsſtelle oder auf eine ſolche Art vorzeigen, daß dieſer dadurch in den Stand geſetzt wird, ſein Recht in Anſehung der Sache zu verfolgen. In dieſer Bedeutung ſagt Paulus *L. 2. D. h. t.* *Exhibere* eſt facere in publico [7]) poteſtatem, ut ei, qui agat, experiundi ſit copia. Die letztern Worte deuten auf eine Hauptklage hin, der durch die Exhibition der Weg gebahnt werden ſoll, und welche in den Geſetzen dieſes Titels [8]) *iudicium directum*, oder *actio directa* genennt wird. Das *agat*, iſt daher ſoviel, als *agere velit*, wie es in den Baſiliken [9]) deutlicher ausgedruckt wird, wo es heißt: Παραςῆσαί ἐστιν ἀγαγεῖν δημοσίᾳ ἐφ᾽ ᾧ σχεῖν εὐχέρειαν τὸν βουλόμενον ἐναγαγεῖν. i. e. *Exhibere eſt in publicum producere, ut ei, qui agere velit, experiundi facultas ſit.* In dieſer

6) S. *Iac.* CUJACII Commentar. ad Tit. de Verbor. Significat. h. L. ult. et *Io.* GOEDDAEI Commentar. ad eund. Tit. et Leg. ult. pag. 1242.

7) *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pandect. Lib. X. §. 5. lieſet hier ſtatt facere in publico durch Gemination facere *rei* in publico poteſtatem.

8) *L.* 3. §. 13. *L.* 17. *D. h. t.*

9) Lib. XV. Tit. 4. Conſtit. 2. nach FABROT. Tom. II. pag. 231.

dieſer Bedeutung unterſcheidet man zwar eigentlich zwiſchen *exhibere* und *reſtituere*, wie Cajus lehrt *L.* 22. *D. de Verb. Signif.* wo er ſagt: Plus eſt in *reſtitutione*, quam in *exhibitione:* nam — *reſtituere* eſt etiam poſſeſſorem facere, fructusque reddere; pleraque praeterea *Reſtitutionis* verbo continentur [10]). Allein die Römiſchen Rechtsgelehrten ſind, wie Noodt [11]) ſehr gründlich bemerkt hat, bey der Proprietät des Worts *Exhibere* nicht ſtehen geblieben, ſo dern haben demſelben, nach dem Beyſpiele des Worts *Reſtituere*, durch eine billige Auslegung des Edicts eine ausgedehntere Bedeutung beygelegt, welche Ulpian anführt, wenn er *L.* 9. §. 5. *D. h. t.* ſagt:

Quantum autem ad hanc actionem attinet, *Exhibere* eſt, in eadem cauſa praeſtare, in qua fuit, cum judicium acciperetur: ut quis copiam rei habens poſſit exequi, actione, quam deſtinavit, in nullo caſu, quam intendit, laeſa: quamvis non de reſtituendo, ſed de exhibendo agatur.

Da die Leſeart dieſer an ſich etwas dunkeln Stelle ſehr verſchieden iſt [12]), ſo will ich zur Erläuterung zuvörderſt den

10) Die Erklärung des Ausdrucks *Reſtituere* iſt ſchon an einem andern Orte dieſes Commentars vorgekommen. S. den 8. Th. §. 588.

11) Commentar. ad Pand. h. t. §. *Quid, ſi quis. Operum.* Tom. II. pag. 249.

12) Ich habe die Leſeart des Taurellus beybehalten, mit welcher auch unſer Codex Pandect. membran. übereinſtimmt, ausgenommen, daß derſelbe zuletzt ſtatt *de exhibendo*, ad exhibendum lieſet. Allein Haloander hat: *poſſit* ACTIONEM *exequi, quam deſtinavit, in nullo* CAUSA, *quam intendit, laeſa.*

den Geiſt derſelben aus den Baſiliken [13]) darſtellen, wo dieſe Stelle viel deutlicher und kürzer auf folgende Art ausgedrückt iſt:

Παραςῆσαὶ ἐςιν ἐπὶ τῆς παραςατικῆς ἀγωγῆς, τὸ κατὰ μηδὲν χεῖρον τὸ πρᾶγμα γενόμενον, ἧπερ ἦν ἐν τῇ προκατάρξει

laeſa. Bey Baudoza heißt es: *poſſit exequi actione*, QUOD *deſtinavit*, *in nullo* CAUSA, *quam intendit*, *laeſa*. Lieſet man mit der Florentine *in nullo caſu*, ſo iſt freylich das Nachfolgende: quam intendit, nicht ganz paſſend. Daher halten *Guil.* BUDAEUS in Annotation. in Pandectas (*Lutetiae* 1556.) pag. 121. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1181. und *Ger.* NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. §. *Quid, ſi quis eandem* etc. Tom. II. *Operum* pag. 250. die florentiniſche Leſeart für fehlerhaft, und leſen ſtatt CASU vielmehr nach Haloander und Baudoza, CAUSA. *Io. Guil.* MARCKART Interpretation. receptar. iuris civ. Lectionum Lib. II. cap. 20. §. 1. pag. 296. ſchlägt hingegen eine doppelte Art der Emendation vor; 1) durch Verſetzung der Worte, auf folgende Art: *actione, quam deſtinavit, et quam intendit, in nullo caſu laeſa;* 2) durch Aenderung der Worte: *quam intendit*, wofür er: QUEM *intendit*, leſen will. POTHIER in Pandect. Iuſtinian. h. t. Nr. XXV. pag. 525. erklärt endlich die Worte: *quam intendit*, in Beziehung auf actio, durch eine Parentheſe. Seine Paraphraſe von dieſer Stelle not. d. geht dahin: Quamvis actor, ſchreibt er, egerit tantum *ad Exhibendum*, nondumque egerit directo iudicio, ut res ſibi reſtituatur; tamen res exhiberi debet in eadem cauſa; id eſt, ſic ut non laeſa ſit actio, quam intendere deſtinabat. Mihi igitur, qui rei vindicatione acturus eram, non videbitur res exhiberi, quae poſt acceptum *ad Exhibendum* iudicium, fuerit a poſſeſſore uſucapta. Es iſt wohl nicht zu läugnen, daß die Leſeart des Baudoza den deutlichſten und richtigſten Sinn enthält.

13) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Conſt. 9. §. 4. pag. 237.

ξει παραϛῆσαι, ὥϛε σχεῖν εὐχέρειαν τὸν ἐνάγοντα κινῆσαι τὴν πρωτότυπον i. e. *In actione ad exhibendum* EXHIBERE *eſt, rem in nihilo deteriorem, quam erat litis conteſtatae tempore, exhibere, ut actor directae ac principalis actionis exequendae facultatem habeat.*

Aus dieſer Vergleichung ergiebt ſich, daß *Exhibere*, in Beziehung auf die actio ad exhibendum, ſoviel heißt, als eine Sache in dem Zuſtande, worin ſie ſich bey der Einlaſſung auf die Klage befand, unverändert und unverſchlimmert, nebſt allem, was zu ihr gehört, darſtellen, damit dem Kläger ſein Recht, welches er an der Sache zu verfolgen, ſich vorgeſetzt hat, in keinem Stück (*in nullo*, d. i. nulla in re, nulla ex parte, nullo modo, wie es Donellus erklärt) verletzt werde. Dieſe Bedeutung des Worts erklärt ſich noch deutlicher aus einer Stelle der Inſtitutionen, nämlich §. 3. *I. de officio iudicis*, wo es heißt:

Si *ad exhibendum* actum fuerit, non ſufficit, ſi exhibeat rem is, cum quo actum eſt; ſed opus eſt, *ut etiam* REI CAUSAM *debeat exhibere*, id eſt, *ut eam cauſam habeat actor, quam habiturus eſſet, ſi, cum primum ad exhibendum egiſſet, exhibita res fuiſſet.* Ideoque ſi inter moras exhibendi uſucapta ſit res a poſſeſſore, nihilominus condemnabitur [14]). Praeterea fructuum medii temporis, id eſt, eius, quod poſt acceptum ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam interceſſerit, rationem habere debet iudex.

Was

14) THEOPHILUS in Paraphraſi graec. Inſtitution. ad h. §. Tom. II. pag. 912. ſq. der Reitziſchen Ausgabe, ſetzt hier noch zur Erläuterung des Textes Folgendes hinzu: ὃ δυνάμενος λέγειν, ὅτι δεσ-

Was hier zur Erläuterung von der Uſucapion geſagt wird, hat auch Ulpian bemerkt. Dieſer ſagt nämlich §. 6. der oben angeführten *L.* 9. *h. t.*

Proinde ſi poſt litem conteſtatam uſucaptum exhibeat, non videtur exhibuiſſe: cum petitor intentionem ſuam perdiderit, et ideo abſolvi eum non oportere, *niſi paratus ſit, repetita die, intentionem ſuſcipere: ita ut fructus ſecundum legem aeſtimentur.*

Es bezieht ſich dies nämlich darauf, daß nach dem ältern Römiſchen Rechte die Uſucapion durch die Litiscontestation nicht unterbrochen wurde, und daher auch noch während des Prozeſſes vollendet werden konnte [15]). Dem Beſitzer half indeſſen dieſes nichts, weil die Sache in dem Zuſtande exhibirt werden mußte, worin ſie ſich zur Zeit der angeſtellten Exhibitionsklage befand. Der Beklagte wurde alſo nicht anders von der Klage abſolvirt, als wenn er bereit war, ſich auf die actio in rem, um deren Willen ad exhibendum war geklagt worden, eben ſo einzulaſſen

δεσπότης γέγονα, διὰ τῆς ὀυσουκαπίωνος, καὶ ὀυ δεῖ με καταδικασθῆναι, καὶ ἀποδοῦναι το γεγονὸς ἐμόν· ἐπειδὴ ἐν τῷ καιρῷ τῆς προκατάρξεως τῆς ad exhibendum *ὄυπω ἦν περαιωθεῖσα ἡ ὀυσουκαπιὼν, εἰ καὶ μεταξὺ παρολκῆς γενομένης ὁ χρόνος ἀυτης παρῆλθε.* i. e. *nec dicere poteſt, per uſucapionem dominus factus ſum, nec me condemnari oportet, et, quod meum factum eſt, reddere: quoniam inſtitutae ad exhibendum actionis tempore uſucapio nondum erat conſumata, etiamſi intra factam moram tempus eius exiit.*

15) *L.* 18. *et L.* 20. *D. de rei vindicat.* S. VINNII Comment. ad §. 3. I. de officio iudic. und den 8. Th. dieſes Commentars §. 588. Not. 46. S. 221.

ſen, als wenn die Klage ſchon vor der Vollendung der Uſucapion wäre angeſtellet worden, und alſo auch von der Zeit an die Früchte der Sache, als welche zur cauſa rei gehören, dem Kläger zu reſtituiren. So verſtehen Donellus [16]), Noodt [17]) und Pothier [18]), die Worte: *repetita die intentionem ſuſcipere.* Doneau ſagt: Senſus eſt: niſi poſſeſſor paratus ſit ſuſcipere intentionem ſequentis actionis in rem ita, ut velit ſe teneri ea actione ad rem reſtituendam ex eo die, quo primum ad exhibendum actum eſt; ut ſic et actionem amiſſam in ſe ſuſcipiat, et reſtitutio retroverſus ad diem actionis primum inſtitutae referatur. Unde eveniat, ut et fructus in ea actione ex eadem repetita die aeſtimentur *ſecundum legem*, id eſt, ſecundum conventionem ſuperiorem. So wie hier Doneau die letzten Worte: *ſecundum legem* verſteht, hat ſie auch Noodt erklärt: Senſus erit, ſagt er: Niſi poſſeſſor dicat, ſe eſſe paratum, id eſt, actori promittat, ſuſcipere eius intentionem, ſive in rem actionem, quae alias ſecutura fuiſſet; eaque, etſi iam peremta uſucapione, ad reſtitutionem teneri ex eo die, quo eſt actum ad exhibendum, perinde quaſi uſucapio nulla interveniſſet. Quod ſi fiat, iam is erit exitus, ut et fructus ex repetita illa die praeſtentur *ſecundum legem:* id eſt, ſecundum promiſſionem illa conventione factam. Pothier [19]) hingegen erklärt die Worte

16) Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1181.

17) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 250.

18) Pandect. Iuſtin. h. t. Nr. XXV. Not. e. et f. pag. 325.

19) a. a. O. Not. g.

Worte *ſecundum legem* mit Cujaz [20]) ſecundum *legem duodecim tabularum*, quae *de duplis fructibus reſtituendis* cavebat. Es iſt dieſe Verordnung der zwölf Tafelgeſetze ſchon an einem andern Orte vorgekommen [21]). In dem neuern Römiſchen Rechte iſt jedoch das alles abgeändert, was hier von der Strenge der Uſucapion [22]) und der Früchte geſagt worden iſt [23]).

3) Zuweilen hat *exhibere* mit *reſtituere* einerley Bedeutung, und heißt ſoviel als eine Sache herausgeben, die zufällig in den Beſitz eines Andern gekommen iſt, oder die ein Anderer widerrechtlich erhalten, oder mala fide an ſich gebracht hat, und im Falle dieſe Reſtitution von dem Andern durch ſeine Schuld nicht geſchiehet, das durch den Schätzungseid des Klägers zu beſtimmende volle Intereſſe leiſten. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 5. §. 2. *D. h. t.* Idem *Iulianus* ſcribit, emtorem, qui ruta caeſa non reſtituit, *ad exhibendum teneri*, in quantum *in litem iuravero.* Sed ibi adiicit, ſi emtor poſſideat, aut *dolo fecit, quominus poſſideat* [24]).

§. 3.

20) Obſervation. Lib. IX. cap. 19.

21) Siehe den 8. Theil dieſes Commentars §. 591. S. 267. und Not. 81.

22) S. den 3. Th. dieſes Commentars 2. Abth. §. 236. a. S. 394.

23) S. des 8. Th. 1. Abth. §. 591. S. 268.

24) In den *Baſilic.* Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. pag. 234. lauten die Worte dieſer Stelle deutlicher ſo: Ο ἀγοραςὴς νεμόμενος τὰ ἀποσπώμενα δὲ τὰ τεμνόμενα ἐκ τῶν ἀγρῶν, μὴ ἀποκαθιςῶν ἀυτὰ, ἢ δόλῳ παυσάμενος τῆς νομῆς, ἐνάγεται τῇ παραςατικῇ ἀγωγῇ, καὶ ὑπόκειται τῷ ἐκδίκω ὅρκῳ.

i. e.

§. 3. Idem *Celſus* ſcribit, ſtercus, quod in aream meam congeſſiſti, *per ad exhibendum actionem* poſſe te conſequi, *ut tollas:* ſic tamen, *ut totum tollas;* caeterum alias non poſſe.

§. 4. Sed et ſi ratis delata ſit vi fluminis in agrum alterius, poſſe eum conveniri *ad exhibendum*, *Neratius* ſcribit.

§. 5. Sed et ſi de ruina aliquid in tuam aream vel in tuas aedes deciderit, teneberis *ad exhibendum*, licet non poſſideas.

L. 9. §. 1. *D. eod.* Glans ex arbore tua in fundum meum incidit, eam ego immiſſo pecore depaſco: qua actione poſſum teneri? *Pomponius* ſcribit, competere *actionem ad exhibendum*, ſi dolo pecus immiſi, ut glandem comederet. Nam et ſi glans extaret, nec patieris me tollere, *ad exhibendum teneberis;* quemadmodum ſi materiam meam delatam in agrum ſuum quis auferre non pateretur. Et placet nobis *Pomponii* ſententia, ſive glans extet, ſive conſumta ſit. Sed ſi extet, etiam *interdicto de glande legenda*, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas eſſet, uti potero, ſi damni infecti cavero[25]).

§. 2.

i. e. *Emtor, qui ruta caeſa fundi poſſidet, nec ea reſtituit, vel qui dolo fecit, quominus poſſideat, ad exhibendum actione tenetur, et iuriiurando in litem ſubiicitur.* Was *ruta caeſa* ſind, iſt an einem andern Orte dieſes Commmentars 2. Th. §. 173. S. 530. Not. 100. vorgekommen.

25) S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. Lib. X. pag. 441. ſqq.

§. 2. *l. Quib. alienare licet.* Sed ſi nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide conſumti ſunt, condici poſſunt; *ſi mala fide, ad exhibendum de his agi poteſt* [26]).

Was das *exhibere* ſagen will, wenn die Sache durch des Beklagten Schuld nicht reſtituirt wird, erklärt

§. 3. *in fin. l. de officio iud.* condemnandus ſit reus in id, *quod actoris intererat*, ſi ab initio res exhibita eſſet. Endlich

4) in dem Interdicto *de libero homine exhibendo* heißt exhibere ſoviel, als einen freyen Menſchen, welcher von Jemanden auf eine widerrechtliche Art wider ſeinen Willen zurückgehalten wird, loslaſſen, und auf freyen Fuß ſtellen. Ulpian ſagt *L.* 3. §. 8. *D. de hom. lib. exhib.* *Exhibere* proprie eſt, extra ſecretum habere.

Die Exhibition eines Gegenſtandes kann nun auf einem zweyfachen rechtlichen Wege verlangt werden, nämlich bald mittelſt einer **petitoriſchen Klage**, (iure actionis), bald mittelſt eines **Interdicts**, (iure interdicti). [27]) In jenem Falle heißt die Klage, *actio ad exhibendum*. Dieſe ſetzt voraus, daß dem Kläger daran gelegen ſey, eine Sache, wegen eines ihm daran zuſtehenden dinglichen oder perſönlichen Rechts, zu haben. Das Intereſſe des Klägers muß alſo hier ein *intereſſe pecuniarium* ſeyn. Cajus ſagt ausdrücklich *L.* 13. *D. h. t.*

Haec actio ei creditur competere, cuius *pecuniariter* intereſt.

Die

26) Add. L. 11. §. *ult. D. de reb. credit.*

27) S. *Io.* GODDAEI Commentar. repetitae praelect. in Tit. 16. libri L. Pand. de Verb. Signif. ad L. 22. h. t. nr. 8. pag. 328.

Die Florentine lieſet zwar *peculiariter.* Allein mit Recht giebt Cujaz jener Leſeart den Vorzug vor der florentiniſchen, dem auch Noodt [28]), Huber [29]) und Pothier [30]) hierin beypflichten. Denn, außer der Florentine und Haloandrine, haben nach Brenkmanns Anmerkung in dem Gebauerſchen Corpore iuris Rom. alle übrige Ausgaben *pecuniariter.* Eben ſo lieſet der Erlanger Pandecten-Codex. Dieſe Leſeart ſtimmt auch mit dem ganzen Zuſammenhange beſſer überein. Denn es iſt vorher die Rede davon, daß die Klage ad exhibendum nicht Statt finde, wenn ein freyer Menſch von Jemand argliſtig detinirt wird. Ein Intereſſe kann immerhin hier eintreten, dieſen Menſchen auf freyen Fuß geſtellt zu ſehen. Allein ein intereſſe pecuniarium iſt es wenigſtens nie. Endlich beſtärken dieſe Leſeart auch die Baſiliken [31]). In dieſen heißt es: ἡ γὰρ ἀποκαταςατικὴ ἀγωγὴ ἁρμόζει ᾧ τινι χρηματικῶς διαφέρει. i. e. *Nam actio ad exhibendum competit ei, cuius pecuniariter intereſt.* Was Cocceji [32]), welcher die florentiniſche Leſeart in Schutz nimmt, dagegen eingewendet hat, iſt ſehr unbedeutend. Denn in allen den Fällen, die er anführt, iſt zwar freylich ein intereſſe pecuniarium vorhanden; der Grund aber, warum dennoch

28) Commentar. ad Dig. h. t. §. Sequens tractatus. T. II. *Operum* pag. 245.

29) Praelection. iuris Rom. P. II. h. t. §. 2. pag. 415. (edit. *Franequer.* 1689. 4.)

30) Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. VII. not. m. pag. 322.

31) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. pag. 239. nach Fabrot.

32) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

dennoch die *actio ad exhibendum* nicht geſtattet wird, iſt blos der, weil hier der Kläger keinen Anſpruch an der Sache ſelbſt hatte, an deren Exhibition ihm gelegen iſt. In ſolchen Fällen findet nur ein Interdict Statt: z. B. das *Interdictum de libero homine exhibendo*, um die Freyheit eines Menſchen in einem ſolchen Falle zu ſchützen, wo jedem Bürger daran gelegen ſeyn mußte, daß der in ſeiner Freyheit Beeinträchtigte losgelaſſen wurde. Ferner das *Interdictum de tabulis exhibendis*, welches den Legatarien, und allen denen zukommt, welchen, außer dem Erben, daran gelegen iſt, das Teſtament einzuſehen. Dieſe können darum nicht ad exhibendum klagen, weil ſie an dem Teſtament ſelbſt keinen Anſpruch haben, deſſen Eigenthum vielmehr dem Erben zuſteht [33]. Daher kann nur dieſer ad exhibendum klagen [34]; ſo wie der Teſtirer, ſo lange er lebte. Bey dieſen findet dagegen das Interdict nicht Statt [35]. Iſt von andern Urkunden und Schriften die Rede,

33) *L.* 3. §. 8. *D. h. t.* Si quis, extra heredem, tabulas teſtamenti, vel codicillos, vel quid aliud ad teſtamentum pertinens exhiberi velit, dicendum eſt, *per hanc actionem agendum non eſſe:* cum ſufficiunt ſibi *interdicta in hanc rem competentia.*

34) *L.* 3. *D. Teſtam. quemadm. aperiant.* Ipſi tamen heredi vindicatio tabularum, ſicut ceterarum hereditariarum rerum, competit: et ob id *ad exhibendum quoque agere poteſt.* —

35) *L.* 3. §. 5. *D. de tabb. exhib.* Si ipſe teſtator, dum vivit, tabulas ſuas eſſe dicat, et exhiberi deſideret: Interdictum hoc locum non habebit; ſed *ad exhibendum* erit agendum, ut exhibitas vindicet. Quod in omnibus, qui corpora ſua eſſe dicunt inſtrumentorum, probandum eſt. S. Weſtphals ſyſt. Commentar über die Geſetze von Vorlegung und Eröfnung der Teſtamente. §. 26. ff.

Rede, welche man nach der Strenge des Rechts nicht vindiciren kann, allein Gründe der Billigkeit ſtreiten dennoch für das Geſuch der Exhibition, ſo hat die *actio in factum* Statt [36]). Hierher gehört, was **Ulpian** *L.* 3. §. 14. *D. h. t.* ſagt:

Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut quamvis *ad exhibendum* agi non poſſit, *in factum* tamen *actio* detur, ut *Iulianus* tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conſcripſit: hae rationes a te poſſidentur: deſidero eas exhibere. Ait *Iulianus*, ſi quidem mea charta ſcriptae ſint, locum eſſe huic actioni, quia et vindicare eas poſſum. Nam cum charta mea ſit, et, quod ſcriptum eſt, meum eſt. *Sed ſi charta mea non fuit, quia vindicare non poſſum, nec ad exhibendum experiri. In factum igitur mihi actionem competere.*

Die *actio ad exhibendum* iſt nun ihrer Natur nach bald eine blos präparatoriſche, bald eine Hauptklage.

I. Als vorbereitende Klage iſt ſie dazu eingeführt, um eine gewiſſe andere Hauptklage dadurch zu begründen, welche entweder anders gar nicht Statt hat, oder wenigſtens nicht ſicher und mit Nutzen angeſtellt werden kann, als wenn zuvor eine gewiſſe Sache dem Kläger vorgezeigt worden iſt. Urſprünglich wurde dieſe Klage zwar nur hauptſächlich zur Vorbereitung und Erleichterung der

36) S. *Hieron.* ELENI Diatribar. ſeu Exercitation. ad ius civile Lib. II. cap. 8. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1429.)

der Eigenthumsklage eingeführt, wie aus *L. 1. D. h. t.* erhellet, wo Ulpian ſagt: Haec actio perquam neceſſaria, et vis eius in uſu quotidiano eſt: et maxime *propter vindicationes* inducta eſt. [37]). Allein ſie wurde nachher aus Gründen des Nutzens und der Nothwendigkeit dergeſtalt erweitert, daß dieſe Klage jetzt angeſtellt werden kann, ſo oft Jemand dabey interſſirt iſt, eine Sache zu ſehen, welche ihm der Inhaber vorzeigen kann, um ein, ihm daran zuſtehendes dingliches, oder perſönliches Recht verfolgen zu können [38]). Daher können zuweilen auch mehrere zugleich der nämlichen Sache wegen ad exhibendum klagen, denen aus ganz verſchiedenen Gründen daran gelegen iſt, die Sache zu ſehen [39]).

Als vorbereitende Klage hat die actio ad exhibendum hauptſächlich einen zweyfachen Gebrauch. Sie dient

1) dazu,

37) Schon die alte Vindicationsformel machte ehemals die Darſtellung der Sache vor Gericht nothwendig. Der Kläger ſagte: *Hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe aio.* Die Sache konnte alſo nicht vindicirt werden, wenn ſie nicht gegenwärtig war. *L. 47. D. de rei vindic.* *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. 1. h. t. und *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 15. nr. 10. ſqq.

38) S. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. 8. und THIBAUT Syſt. des P. R. 2. Bd. §. 578.

39) *L. 3. §. 12. D. h. t.* Pomponius ſcribit, eiusdem hominis nomine recte plures ad exhibendum agere poſſe: forte, ſi homo primi ſit; ſecundi in eo uſusfructus ſit; tertius poſſeſſionem ſuam contendat; quartus pigneratum ſibi eum adfirmet. Omnibus igitur ad exhibendum actio competit: quia omnium intereſt, exhiberi hominem.

1) dazu, um eine Klage anſtellen zu können, die man einer gewiſſen Sache wegen zwar ſchon jetzt hat, welche aber doch anders nicht ſicher angeſtellet werden kann, als wenn uns zuvor die Sache vorgezeigt worden iſt. Dies hat beſonders in zwey Fällen Statt.

a) Wenn es ungewiß iſt, ob eine gewiſſe Sache, welche der Gegner beſitzt, wirklich diejenige ſey, die wir zu verfolgen berechtiget ſind [40]).

b) Wenn uns daran gelegen iſt, die Beſchaffenheit der Sache, ihren Zuſtand, und ihre Größe kennen zu lernen, welche ſie zur Zeit der angeſtellten Klage hat; weil nun während des Prozeſſes die Sache nicht durch des Beklagten Schuld deteriort, noch etwas davon genommen werden kann, weshalb nicht nachher Erſatz gefordert werden könnte [41]).

Die Klagen, zu deren Vorbereitung die Exhibition einer Sache verlangt werden kann, ſind von dreyerley Art, welche in den Geſetzen dieſes Titels angegeben werden.

aa) Realklagen. Nicht blos die Reivindication. Nein. **Ulpian** ſagt ausdrücklich *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* Qui ad exhibendum agit, non utique *dominum* ſe dicit, nec debet oſtendere: cum multae ſint cauſae ad exhibendum agendi. Alle übrige Realklagen können ebenfalls der actioni ad exhibendum Raum geben. Daher fährt **Ulpian** *L.* 3. §. 5. *D. h. t.* fort; Haec actio ei competit, qui in rem acturus eſt, *qualicunque in rem actione:* etiam

 pigne-

40) S. HUBERI Praelection. iuris Rom. P. II. h. t. §. 3.

41) DONELLUS Commentar. iuris civ. L. XX. cap. 9. pag. 1177

pigneratitia Serviana [42]), ſive *hypothecaria* [43]), quae creditoribus competunt. Und §. 4. heißt es weiter: Sed et *uſumfructum petituro*, competere *ad exhibendum*, *Pomponius* ait. Hieraus erklärt ſich nun auch, wie es möglich ſey, daß mehrere, welchen eine verſchiedene Realklage der nämlichen Sache wegen zuſteht, zu gleicher Zeit ad exhibendum klagen können. Z. B. der eine kann das Eigenthum, der andere den uſusfructus, der dritte ein Pfandrecht an der Sache haben [44]). Es kommt auch darauf nicht an, ob derjenige, welcher ad exhibendum klagt, die Hauptklage, welche dadurch vorbereitet wird, im eigenen Namen, oder nur als Procurator anſtellen kann. Denn der zur Anſtellung der Reivindication bevollmächtigte Procurator kann auch ad exhibendum klagen, wenn gleich ſeine Vollmacht davon nichts enthält [45]).

bb) Interdicte, ſofern zu deren Verfolgung eben ſo, wie bey den Vindicationen, die Darſtellung der Sache nöthig iſt, damit nicht die Sache, wenn man ſich ſolche hat vorzeigen laſſen, nachher ungeſtraft deteriorirt oder vermindert werden könne, welches bey denjenigen Interdicten der Fall iſt, die eben ſo, wie Realklagen, auf Reſtitution des Beſitzes gehen. Dergleichen ſind die Interdicte Quod legatorum,

42) i. e. ea in rem actione, quae datur de pignore tradito. S. *Ian. a* COSTA Commentar. ad §. 7. I. de actionib. pag. 526.

43) i. e. quae datur de pignore, nuda conventione conſtituto. S. *a* COSTA. c. l.

44) *L.* 3. §. 12. *D. h. t.*

45) *L.* 56. *D. de Procurator.* Ad rem mobilem petendam datus procurator, ad exhibendum recte aget.

gatorum, Unde vi, nämlich wegen der in dem mit Gewalt in Beſitz genommenen Grundſtück befindlich geweſenen beweglichen Sachen, ferner de precario, und de glande legenda [46]). Keinesweges aber gehören dahin die interdicta de libero homine exhibendo, de liberis exhibendis, und de tabulis exhibendis. Denn das erſtere iſt nur zur Beſchützung der Freyheit eingeführt, und hat alſo kein intereſſe pecuniarium zum Grunde [47]). Das andere hat die Erhaltung der Freyheit der Kinder, und der väterlichen Gewalt zum Zweck; nun iſt beydes, die Freyheit und die väterliche Gewalt unſchätzbar [48]). Das letztere Interdict hingegen geht ja ſchon auf Vorlegung des Teſtaments, um daraus zu erſehen, was dem Imploranten zu wiſſen nöthig iſt [49]). Es wäre alſo der größte Unſinn, auf Vorlegung des Teſtaments zu klagen, um ein Interdict wegen Vorlegung des Teſtaments anſtellen zu können [50]).

cc) Noxalklagen, wenn nämlich der Kläger, der wegen des Delicts eines fremden Sklavens gegen den Herrn deſſelben klagen wollte, den Sklaven, welcher den Schaden gethan hatte, nicht mit Namen anzugeben wußte, noch denſelben auf andere Art genugſam zu bezeichnen im Stande war, weil er ihn vorher noch nicht gekannt hatte.

 Hier

46) *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* DONELLUS in Comm. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1177.

47) *L.* 13. *D. h. t. L.* 1. *D. de lib. hom. exhib.*

48) *L.* 106. *D. de Reg. iur.*

49) *L.* 3. §. 8. *D. de tab. exhib.*

50) DONELLUS c. l. pag. 1177.

Hier konnte der Kläger verlangen, daß ihm der Beklagte die ganze Sklaven-Familie vorſtelle, um den Sklaven, der den Schaden gethan hatte, darunter auszuſuchen, und ſagen zu können, dieſer ſey es, welcher den Schaden angerichtet hat [51].

2) Die *actio ad exhibendum* kann auch dazu dienen, um durch die Exhibition der Sache in Anſehung derſelben eine Klage zu erhalten, die man vorher nicht hatte, und die man auch ohne Exhibition ſonſt nicht haben würde. Es laſſen ſich hier zwey Fälle gedenken.

a) Wenn unſere Sache mit der Sache des Gegners dergeſtalt verbunden worden iſt, daß ſie einen Theil derſelben ausmacht. Hier hört die Sache, ſo lange ſie mit der fremden Hauptſache cohärirt, auf, unſer Eigenthum zu ſeyn [52]). Man kann ſie wenigſtens nicht vindiciren, ſo lange ſie von der Hauptſache nicht getrennt iſt. Die *actio ad exhibendum* dient alſo hier dazu, die Trennung einer zu vindicirenden Sache zu bewirken. Nur in dem Falle wird dieſe Klage nicht geſtattet, da Jemand unſere Baumaterialien zu ſeinen mit dem Boden zuſammenhängenden Gebäuden gebraucht hat, und ſich deshalb in gutem Glauben befindet. Paulus ſagt *L. 6. D. h. t.* Gemma incluſa auro alieno, vel ſigillum candelabro vindicari non poteſt: ſed, *ut excludatur*, ad exhibendum agi poteſt. Aliter atque *in tigno iuncto aedibus*: de quo *nec ad exhibendum agi poteſt*, quia Lex duodecim tabularum ſolvi vetaret;

51) *L.* 53. §. 7. *D. h. t.*

52) S. *Gerh.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 246.

vetaret: *ſed actione de tigno iuncto ex eadem Lege in duplum agitur.* Iſt hingegen der Erbauer in mala fide, ſo hat ſowohl die Reivindication, als die actio ad exhibendum gegen ihn Statt; zwar nicht dahin, daß er, als wahrer Beſitzer, zur Herausgabe des Materials verurtheilt werden könnte: *ne urbs ruinis deformetur;* ſondern er haftet mit jenen Klagen gleichſam als ein ſolcher, welcher ſich argliſtig des Beſitzes entäußert hat, um ſich der Vindication zu entziehen, für das volle, durch den Eid des Klägers zu würdernde Intereſſe. Hierauf bezieht ſich, was **Ulpian** ſagt *L.* 1. *et* 2. *D. de tigno iuncto.*

L. 1. Lex XII. Tabularum *neque ſolvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum, neque vindica re:* quod providenter Lex effecit: ne vel aedificia ſub hoc praetextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur; ſed in eum, qui convictus eſt iunxiſſe, in duplum dat actionem.

§. 1. *Tigni* autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium conſtet, vineaeque neceſſaria. Unde quidam aiunt, tegulam quoque, et lapidem, et teſtam, caeteraque, ſi quae aedificiis ſunt utilia: *tigna* enim a tegendo dicta ſunt; hoc amplius et calcem et arenam *tignorum* appellatione contineri. Sed et in vineis *tigni* appellatione omnia vineis neceſſaria continentur, utputa perticae, pedamenta.

§. 2. Sed et *ad exhibendum danda eſt actio.* Nec enim parci oportet ei, *qui ſciens alienam rem aedificio incluſit, vinxitve:* non enim ſic eum convenimus, quaſi poſſidentem, ſed ita, *quaſi dolo malo fecerit, quominus poſſideat.*

L. 2.

L. 2. *cit.* Sed ſi proponas tigni furtivi nomine aedibus iuncti actum: deliberari poterit, *an extrinſecus ſit rei vindicatio* [53])? Et *eſſe non dubito.*

b) Wenn mir von einer gewiſſen Gattung von Sachen, von welcher mehrere Individuen in der Erbſchaft befindlich ſind, eine, welche ich mir wählen werde, vermacht worden iſt. Hier iſt die Exhibition nöthig, um wählen zu können. Denn ich kann nicht eher auf Auslieferung des Vermächtniſſes klagen, als wenn ich gewählt habe. Ulpian ſagt von dieſem Falle *L.* 3. §. 6. *D. h. t.*

Item, ſi optare velim ſervum, vel quam aliam rem, *cuius optio mihi relicta eſt*, ad exhibendum me agere poſſe conſtat, ut *exhibitis* [54]) poſſim vindicare.

Sollte

53) Das *extrinſecus* heißt hier ſoviel als *praeter et ultra actionem de tigno iuncto.* Ohne allen Grund iſt daher die Emendation des Weſenbecs, welcher in ſeinem Commentar. ad §. 29. I. de rer. diviſ. für extrinſecus, *extincta* geleſen wiſſen will, wodurch offenbar ein ganz unrichtiger Sinn in den Text gebracht wird. S. POTHIER Pandect. Iuſtinian. Tom. III. Lib. XLVII. Tit. 3. Nr. I. et not. b. pag. 414. *Bern. Io. van* HARSCAMP Disputat. de tigno iuncto. *Trajecti ad Rhen.* 1730. Cap. 5. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. Nr. VIII. pag. 443. ſq.) und *Greg.* MAJANSII Disputationes iuris civ. Tom. II. Disputat. XLVIII. §. 9. ſqq. pag. 204. ſqq.

54) Haloander hat hier *exhibitum.* Allein dieſe Leſeart iſt offenbar falſch. Denn der Erbe darf bey einer optio legata nicht vorzeigen, was er will, ſondern er muß alle zu dem legirten genus gehörige, und in der Erbſchaft befindliche Sachen vorzeigen. *L.* 4. *et* 5. *D. de optione legata.* Die florentiniſche

Leſeart

Sollte mir aber auch der Teſtirer die Wahl nicht ſelbſt, ſondern einem Dritten überlaſſen haben; ſo kann ich doch gegen den Erben ad exhibendum klagen, wie Ulpian nach Julians Meinung behauptet, wenn er ſagt *L.* 3. §. 10. *D. h. t.*

Plus dicit *Iulianus*, etſi vindicationem non habeam, interim poſſe me agere ad exhibendum, quia mea intereſt exhiberi: utputa, ſi mihi ſervus legatus ſit, *quem Titius optaſſet*: agam enim *ad exhibendum*, quia mea intereſt exhiberi [55]); ut Titius optet, et ſic vindicem; quamvis exhibitum ego optare non poſſim.

II. Zuweilen kann die *actio ad exhibendum* als eine eigene Hauptklage gebraucht werden, wo durch ſie keine andere Klage vorbereitet wird, ſondern geradezu die Herausgabe einer gewiſſen Sache, oder Leiſtung des Intereſſe verlangt werden kann [56]). Dies geſchieht in folgenden zwey Fällen.

1) Wenn

Leſeart kann beybehalten werden, wenn man ſie nur durch Hülfe einer Gemination ergänzt; man leſe nun entweder mit *Herm.* CANNEGIETER Obſervation. iuris Rom. Lib. I. cap 18. pag. 117. *exhibitis iis;* oder mit *Guil.* BEST Ratio emendandi Leges. Cap. XII. §. 1. pag. 194. (edit. *Lips.* 1745. 8.) *ex exhibitis.*

55) Die Worte: *quia mea intereſt exhiberi*, welche in der Florentiniſchen, und allen übrigen Ausgaben der Pandecten, die ich darüber verglichen habe, ſtehen, und auch in unſerm Erlanger Pandecten Codex befindlich ſind, fehlen in der Haloandrine, wie auch in dem Gebauerſchen Corp. iuris bemerkt worden iſt.

56) S. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. iuxta ſeriem Digeſtor. Dec. XXX. Th. 10.

1) Wenn eine gewiſſe Sache des Klägers zufällig in den Beſitz des Beklagten gekommen iſt, welche der Inhaber nicht als Eigenthum in Anſpruch nimmt. Hier kann der Eigenthümer, ohne Umwege, durch die *actio ad exhibendum* zu dem Beſitz ſeiner Sache gelangen, wenn nämlich deren Herausgabe auch durch kein Interdict von dem Inhaber erzwungen werden konnte [57]). Z. E. durch Ueberſchwemmung ſind Sachen von meinem Grundſtück auf eines Andern Grundſtück gekommen [58]).

2) Wenn es durch den dolus oder durch die Culpa meines Gegners geſchehen iſt, daß die Sache nicht herausgegeben werden kann, an welcher mir ein gewiſſes Recht zuſteht. Z. B. der Beklagte hat die Sache gänzlich corrumpirt, oder ſie argliſtig aus ſeinem Beſitz geſchafft, oder mir ſonſt die Rechtsverfolgung unmöglich gemacht. Hier kann die *actio ad exhibendum*, in Ermangelung anderer Rechtsmittel, gebraucht, und auf Leiſtung des durch den Eid des Klägers auszumittelnden vollen Intereſſe gerichtet werden [59]).

Aus dem allen ergiebt ſich nun folgender allgemeiner Begriff von der *actio ad exhibendum*. Sie iſt diejenige perſönliche Klage, welche auf Exhibition einer gewiſſen beweglichen Sache wider jeden Beſitzer derſelben, oder wer ſonſt im rechtlichen Sinn dafür gilt, von demjenigen angeſtellet wird, dem wegen eines dinglichen oder perſönli-
chen

57) THIBAUT Syſt. des P. R. 2. B. §. 578. S. 22.

58) *L.* 5. §. 3. 4. *et* 5. *D. h. t. L.* 9. §. 1. *D. eodem.*

59) *L.* 5. §. 2. *L.* 9. *pr.* §. 1. *et* 3. *L.* 14. *D. h. t.* §. 2. *I. Quib. alien. licet. L.* 11. §. 2. *in fin. D. de reb. credit. L.* 5. *Cod. h. t.*

chen Rechts daran gelegen iſt, daß ihm die Sache vorgezeigt, oder ſogleich mit allem, was dazu gehört, herausgegeben, oder, ſofern ſolches durch des Beklagten Schuld nicht geſchiehet, oder nicht mehr geſchehen kann, das Intereſſe geleiſtet werde.

Daß die actio ad exhibendum eine Perſonalklage ſey, ſagt **Ulpian** [60]) ausdrücklich. Gleichwohl behauptet **Donellus** [61]) gerade das Gegentheil, und hält die Klage für eine dingliche. Allein dieſes Paradoxum hat ſchon **Wiſſenbach** [62]) hinlänglich widerlegt. Zwar hat die Klage gegen jeden dritten Beſitzer Statt; allein dies hat ſie mit mehreren perſönlichen Klagen gemein, welche deswegen actiones in rem ſcriptae genennt werden. Darum entſpringt ſie ſo wenig, als die actio quod metus cauſa, oder die actio de pauperie, aus einem dinglichen Rechte. Wie ſollte auch dieſe Klage eine Realklage ſeyn können, welche nicht einmal nothwendig erfordert, daß man ein dingliches Recht an der Sache habe, deren Exhibition man verlangt [63]), ſondern auch ſchon wegen eines perſönlichen Rechts begründet iſt [64])? Daß die actio ad exhibendum aus keiner obligatio entſtehen ſoll, iſt ganz falſch. Freylich entſpringt ſie aus keinem Delict, noch Quaſidelict. Denn es bedarf kaum einer Widerlegung, wenn Buſius

60) *L.* 3. §. 3. *D. h. t.* Add. §. 31. *I. de actionib.*

61) Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9.

62) Commentation. cathedrar. in Libr. VII. priores Cod. ad L. 1. C. ad exhib. pag. 207.

63) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.*

64) *L.* 3. §. 7. *D. eod. L.* 12. §. 2. *D. eod.*

ſius [65]) ein factum ſuppreſſionis rei, quae exhiberi poſtulatur, als das Fundament derſelben angiebt. Eben ſo wenig läßt ſich dieſe Klage mit **Noodt** [66]) und **Meier** [67]) aus einem Quaſi-Contract herleiten. Denn eine obligatio, welche weder aus einem Delict noch Contract entſpringt, iſt darum noch nicht zu denen zu rechnen, welche quaſi ex contractu entſtehen, zumal da hier der Beſitzer ſich durch kein Factum zur Exhibition verbindlich gemacht hat. Richtiger ſetzen **Struv** [68]), **Huber** [69]) und **Weſtenberg** [70]) den Grund der Klage in einer unmittelbaren, aus einer geſetzlich anerkannten Billigkeit entſpringenden obligatio. Daher die *aequitas* und *neceſſitas exhibitionis*, von welcher die Geſetze hin und wieder ſprechen [71]). Alſo eine obligatio, welche das Fundament der Perſonalklage ausmacht, iſt allerdings vorhanden. Wie konnte denn nun aber **Doneau** dem großen **Ulpian** ſo geradezu ins Geſicht widerſprechen, welcher ſo beſtimmt ſagt: *Eſt autem perſonalis haec actio* [72])? Sonderbar genug klingt ſeine Antwort: *actio perſonalis* heiße hier eine ſubjectiv-perſönliche Klage, *quae perſonae cohaeret*, in dem Sinn, wie man ſagt ſervitus perſonalis, privilegium perſonale. Denn die Klage gehe nicht auf die Erben. *Qua*

65) Comm. ad L. 3. D. h. t.

66) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 244.

67) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 3.

68) Syntagm. iuris civ. Exercit. XV. Th. 30.

69) Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 1.

70) Diſſertat. VII. de cauſis obligation. Cap. III. §. 14. et 15.

71) *L.* 3. §. 14. *D. L.* 7. *C. h. t.*

72) *L.* 3. §. 3. *D. h. t.*

Qua reſponſione, ſagt **Wiſſenbach**, *nihil eſt ineptius!* und dabey mag es denn auch, ſtatt einer weitern Widerlegung, ſein Bewenden haben [73]). Man muß ſich daher wirklich wundern, wie **Bachov** [74]) und **Gudelinus** [75]) dem **Doneau** haben beypflichten mögen?

Ob die actio ad exhibendum eine prätoriſche, oder Civilklage ſey; iſt ebenfalls ſtreitig. **Hellfeld** hält ſie für eine prätoriſche Klage. Eben ſo **Hofacker** [76]). Allein **Lauterbach** [77]), **Weſtenberg** [78]), und die meiſten Rechtsgelehrten halten ſie für eine Civilklage, weil ſie vorzüglich, wie **Ulpian** [79]) ſagt, propter vindicationes eingeführt worden iſt. **Anton Faber** [80]) hingegen unterſcheidet, ob ſie wegen einer Civilklage, z. E. wegen der Reivindication, actio furti, u. d. oder ob ſie wegen einer prätoriſchen Klage, z. B. wegen der actio hypothecaria angeſtellt wird. In jenem Falle ſey die actio ad exhibendum eine Civilklage, in dieſem aber eine prätoriſche. Gerade ſo wie die Noxalklagen nach Verſchiedenheit der Hauptklagen, von denen ſie eine adjectitia qualitas ausmachen, bald

73) Man ſehe noch COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. und EMMINGHAUS ad Eundem. not. n.

74) Tractat. de actionibus. Diſſ. II. Th. 24.

75) Commentarior. de iure noviſſimo Lib. III. cap. 13. §. *De actione ad exhibendum.* pag. 158.

76) Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4006.

77) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 2.

78) De cauſis obligation. Diſſertat. VII. Cap. 3. §. 2.

79) *L. 1. D. h. t.*

80) De Errorib. Pragmaticor. Decad. XCII. Err. 5.

bald civiles, bald praetoriae ſind [81]). Dieſe Meinung iſt auch wohl die ſicherſte.

Noch iſt zu bemerken, daß die Exhibition zuweilen im Prozeß nur einen Incidentpunct ausmacht, ohne daß die Klage ad exhibendum dazu erforderlich iſt. Der Fall kann bey der Beweisantretung vorkommen, wenn dem Producenten daran gelegen iſt, daß der ſtreitige Gegenſtand den Zeugen vorgewieſen werde. Hier kann in dem Präſentationsſchreiben, mit welchem der Producent die Beweisartikel übergiebt, die Exhibition verlangt werden [82]).

§. 742.

Wem ſteht die actio ad exhibendum zu?

Auf Exhibition kann nun alſo ein jeder klagen, dem wegen eines dinglichen oder perſönlichen Rechts daran gelegen iſt, daß ihm eine gewiſſe Sache vorgezeigt, oder herausgegeben werde. Nicht jedes Intereſſe des Klägers iſt alſo zur Begründung dieſer Klage hinreichend, ſondern man merke Folgendes.

I. Nur der hat ein gegründetes Recht auf Exhibition zu klagen, der eine wahrſcheinliche und gerechte Urſache zur Anſtellung einer Klage hat, welche ihm entweder in Anſehung der vorzuzeigenden Sache ſchon wirklich zuſteht, oder die er durch die Exhibition zu erhalten hoffen kann. Wem alſo in Anſehung der Sache, deren Exhibition er verlangt, gar keine Klage zuſteht, der kann nicht ad exhibendum

81) §. 4. *I. de noxalib. actionib.*

82) S. *Io. Tob.* CARRACH Adnotation. ad *Boehmerum* de actionib. pag. 111. Nr. IV.

dum klagen, wenn ihm auch noch ſo ſehr daran gelegen wäre, daß ihm die Sache herausgegeben würde [83]). Z. B. der Dieb oder Räuber, wenn er den Beſitz der geſtohlnen oder geraubten Sache verlohren hat; nicht minder derjenige, welcher ſelbſt ad exhibendum war belangt worden, wenn er während des Prozeſſes durch ſeine Schuld die Sache zu beſitzen aufgehört hat; desgleichen derjenige, welcher von ſeinem Gegner die Vorlegung ſeiner Privatrechnungen verlangt, um eine Klage damit zu begründen; oder auch ein Studirender, wenn ihm daran gelegen wäre, ein gewiſſes Buch zu leſen, was ein Anderer beſitzt, um ſeine wiſſenſchaftlichen Kenntniſſe dadurch zu bereichern. In allen dieſen Fällen findet die actio ad exhibendum nicht Statt, wie aus folgenden Geſetzſtellen erhellet.

L. 3. §. 11. *D. h. t.* Si mecum fuerit actum ad exhibendum, ego ob hoc, quod conventus ſum ad exhibendum actione, *agere ad exhibendum non poſſum: quamvis videatur intereſſe mea ob hoc, quod teneor ad reſtituendum.* Sed hoc non ſufficit, alioquin et qui dolo fecit, quominus poſſideret, poterit ad exhibendum agere, *cum neque vindicaturus, neque interdicturus ſit:* et fur vel raptor poterit: quod nequaquam verum eſt. Eleganter igitur definit *Neratius*, iudicem ad exhibendum hactenus cognoſcere, *an iuſtam et probabilem cauſam habeat actionis* [84]) *; propter quam exhiberi ſibi deſideret.*

L. 19.

83) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 246. §. *Apparet igitur.*

84) Das Wort *actionis* fehlt bey Haloander; allein mit der Florentine ſtimmen faſt alle Ausgaben überein. Nur Baudoza lieſet: *habeat actor actionis.*

L. 19. *D. eodem.* Ad exhibendum poſſunt agere omnes, quorum intereſt. Sed quidam conſuluit, an poſſit efficere haec actio, ut rationes adverſarii ſibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius intereſſet? Reſpondit, non oportere ius civile calumniari, neque verba captari, ſed, qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. Nam illa ratione etiam ſtudioſum alicuius doctrinae poſſe dicere, ſua intereſſe, illos aut illos libros ſibi exhiberi: quia, ſi eſſent exhibiti, cum eos legiſſet, doctior et melior futurus eſſet.

Zwar nehmen die Geſetze [85]) einen Fall aus, wo derjenige, welcher weder gegenwärtig wegen der Sache, deren Exhibition er verlangt, eine Hauptklage hat, noch dergleichen aus der Exhibition erwarten darf, dennoch auf Exhibition mit Wirkung klagen kann. Nämlich wenn Jemand mit meinem Willen meine Rechnungen auf fremdes Papier geſchrieben hat. Hier kann ich eigentlich nach dem ſtrengen Recht weder vindiciren, noch ad exhibendum klagen. Allein die Billigkeit erfordert dennoch in dieſem Falle, daß mir eine Klage geſtattet werde. **Julian** nennt ſie jedoch nicht actio ad exhibendum, ſondern *actio in factum*, **Ulpian** ſtimmt ihm bey. Allein **Noodt** [86]) und **Doneau** [87]) behaupten, dieſe Klage ſey keine andere, als eine *actio ad exhibendum utilis.* **Anton Faber** [88]) hingegen läugnet

85) *L.* 3. §. 14. *D. h. t.*

86) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Eſt autem caſus.* pag. 246.

87) Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

88) De errorib. Pragmaticor. Decad. XCII. Err. 5. Man ſehe auch *Iuſt.* MEIERI Colleg. argentorat. Tom. I. h. t. §. 11. pag. 674.

läugnet ſchlechterdings, daß es eine actio ad exhibendum utilis gebe, und er hat den Ausſpruch des Paulus für ſich, welcher *L.* 16 *in fin. D. h. t.* ausdrücklich ſagt: *Ad exhibendum autem utilis nulla conſtituenda eſt.*

Zuweilen kann eine Sache für uns an ſich keinen Nutzen mehr haben, und doch kann uns an deren Auslieferung gelegen ſeyn, weil wir ſie einem Andern, von dem wir ſie erhalten haben, zurückgeben müſſen. Hier kann man ad exhibendum klagen, weil man doch an der Sache ſelbſt einen gegründeten Anſpruch hat. Ulpian hat hiervon *L.* 18. *D. h. t.* folgenden Fall.

Solutione chirographo inani facto, et pignoribus liberatis, nihilominus creditor, ut inſtrumenta ad eum contractum pertinentia ab alio, quam debitore, exhibeantur, agere poteſt.

Die Schuld war alſo bezahlt, und die Frage war, ob wegen des Schuldſcheins, der nun dem Gläubiger an ſich nichts mehr nützte, gegen den Inhaber die actio ad exhibendum Statt habe. Ulpian gedenkt ſich zwey Fälle.

1) Das Document befindet ſich in den Händen des Schuldners. Hier verſteht ſich's, daß der Gläubiger nicht ad exhibendum klagen kann. Denn der Schuldner könnte ja ſelbſt auf Zurückgabe des Schuldſcheins mit der condictio ſine cauſa gegen den Gläubiger klagen, wenn er das Document noch nicht zurück erhalten hätte, um ſo mehr kann er ſich mit einer Exception gegen ihn ſchützen.

2) Ein Dritter hat den Schuldſchein in Händen. Hier kann der Gläubiger ad exhibendum klagen. Denn ihm iſt daran gelegen das Document zu haben, um es dem

Schuldner zurückgeben zu können. Dem Gläubiger ſteht daher wegen des Documents nicht nur rei vindicatio, ſondern zuweilen auch actio furti zu [89]). Dies iſt der wahre Sinn dieſer Stelle, welchen Cujaz [90]) durch eine ohne alle Noth unternommene, Aenderung ganz entſtellt hat. Cujaz will nämlich für creditor vielmehr *debitor*, und nachher für debitore, *creditore* leſen. Er kann nicht begreifen, wie der Gläubiger, nach getilgter Schuld, in Anſehung des ihm an ſich unnütz gewordenen Documents, noch ein ſolches Intereſſe haben könne, um deshalb ad exhibendum zu klagen. Daß hingegen der Schuldner klagen könne, ſey außer Zweifel, denn er könne auch das Document vindiciren. Um ſeine Emendation zu begründen, beruft er ſich auf die Baſiliken [91]), in welchen folgende Stelle vorkommt:

Ὁ χρεώϛης καταβαλὼν ἅπερ ἀποφείλει, κινεῖ τὴν ἀποκαταϛατικὴν ἀγωγὴν, ἀπαιτῶν καὶ τὸ χειρόγραφον αὐτῷ ἀναδοθῆναι, καὶ τὰ ἄλλα δικαιώματα τὰ ἀνήκοντα τῷ συναλλάγματι. i. e. *Debitor iis perſolutis, quae debebat, reſtitutoriam actionem habet, ſi tam chirographum, quam inſtrumenta ad contractum pertinentia, reddi ſibi poſtulat.*

Allein der große Cujaz hat ſich hier gewaltig geirrt, wenn er dieſe Stelle der Baſiliken, welche von einem ganz andern Falle redet, mit der *L.* 18. *D. h. t.* für ein und dieſelbe hält. Er hat, welches dem großen Kritiker kaum zu verzeihen iſt, vor lauter Emendationseifer gar nicht bemerkt, daß die Baſiliken in dem Titel

89) *L.* 27. *pr. D. de furtis.*

90) Obſervation. Lib. IX. cap. 7.

91) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Conſtit. 29. pag. 242. nach Fabrot.

Titel ad exhibendum neun Geſetze mehr haben, als unſere Pandecten, und daß unſere *L.* 18. auch in den Baſiliken in eben der Ordnung, wie in den Pandecten, die *Conſtit.* 18. des Titels *ad exhibendum* iſt, welche bey Fabrot Tom. II. pag. 240. folgendermaßen lautet:

Καὶ μετὰ τὸ λαβεῖν τὸ χρέος καλῶς ὁ δανειςὴς ἀπαιτεῖ τὰ τȣ̃ χρέους ἄκυρα δικαιώματα κατεχόμενα παρ' ἑτέρου, πλὴν τȣ̃ χρεώςου. i. e. *Et, ſoluto debito, recte creditor petit inſtrumenta debiti iam inania, poſſeſſa ab alio, quam a debitore.*

Die vom Cujaz aus den Baſiliken angeführte Conſtit. 29. h. t. iſt die *L. ult. C. h. t.* welche ganz irrig mit unſerer *L.* 18. iſt verwechſelt worden, als welche vielmehr mit *L.* 27. *D. de pigner. act.* zu verbinden iſt, denn beyde ſind aus demſelben Libro 6. Opinionum Ulpiani genommen. Da alſo ſelbſt die Baſiliken die Richtigkeit der Leſeart unſerer L. 18. beſtärken, ſo haben **Merillius** [92]), **Jenſius** [93]) und **Pothier** [94]) die Cujaziſche Aenderung mit Recht verworfen.

II. Der Kläger muß ein *intereſſe pecuniarium* haben, weshalb er die Exhibition verlangen kann; d. h. ſein Intereſſe muß auf ſeine Vermögensrechte Bezug haben. **Struv** [95]) ſagt: *Quod debeat noſtra, ratione rerum ſeu*

92) Variantium ex Cujacio Lib. III. cap. 15.

93) Strictur. ad Rom. iuris Pandect. ad L. 18. h. T. pag. 97. (edit. *Lugd. Batav.* 1764. 4.)

94) Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. III. Not. b. pag. 322.

95) Syntagm. iuris civ. Exercit. XV. Th. 32. Man ſehe auch ECKOLT Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 3. et *Iuſt. Henn.* BOEHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. cap. II. §. 3.

bonorum ad nos pertinentium, intereſſe, ſive in rem acturi ſimus, ſive in perſonam. Noch genauer beſtimmt dieſes **Juſtus Meier** [96]), wenn er ſagt: *Intereſt* PECUNIARITER, *cum res actoris eſt, aut ius habet in ea, aut ipſi debetur, aut eius nomine habet actionem.* Ein anderes Intereſſe iſt zur Begründung der Klage nicht hinreichend. Daher hat die actio ad exhibendum nicht Statt, wenn ein freyer Menſch widerrechtlich von Jemand detinirt wird; ſondern ich kann blos durch das Interdictum de libero homine exhibendo darauf klagen, daß dem Beklagten anbefohlen werde, ihn loßzulaſſen, und auf freyen Fuß zu ſtellen. Ein intereſſe pecuniarium läßt ſich hier nicht denken. **Cajus** bemerkt dies ausdrücklich, wenn er *L.* 13. *D. h. t.* ſagt:

Si liber homo detineri ab aliquo dicatur, *Interdictum* adverſus eum, qui detinere dicitur, *de exhibendo eo* poteſt quis habere. Nam *ad exhibendum actio* in eam rem inutilis videtur, quia haec actio ei creditur competere, *cuius pecuniariter intereſt* [97]).

Dieſem iſt nicht entgegen, wenn **Paulus** ſagt *L.* 12. *pr. D. eodem.* De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus eſſe poteſt. Denn hier iſt von einer aſſertio libertatis die Rede, welche eine Art von Vindication iſt, und allerdings ein intereſſe pecuniarium zum Grunde haben kann. Man ſetze, daß

96) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 4. pag. 669.

97) Man erinnere ſich, was bey dieſer Stelle ſchon oben §. 741. S. 177. f. bemerkt worden iſt. Der Ausdruck *pecuniariter* kommt auch *L. ult. D. de delict. privatis* vor.

daß ein Vater ſeinen Sohn, oder ein Patron ſeinen Freygelaſſenen in libertatem vindicirt. Hier iſt der Vater wegen der Acquiſition durch ſeinen Sohn, und wegen des Nießbrauchs, der ihm an dem Vermögen ſeines Sohnes zuſteht; der Patron aber wegen der Dienſte ſeines Freygelaſſenen, und des ihm zuſtehenden Erbrechts intereſſirt. Dies alles fällt in jenem Falle weg, wo das Interdictum *de libero homine exhibendo* anzuſtellen iſt. Denn dies ſetzt voraus, daß der Zuſtand der Freyheit des Unterdrückten außer allem Streit ſey [98]).

III. Daß Intereſſe des Klägers muß auf die Art, wie ausgeführt worden, nicht nur zur Zeit der angeſtellten Klage, ſondern auch noch zur Zeit der Condemnation begründet ſeyn. *L.* 7. §. *ult. D. h. t.* ſagt: Ibidem non male *Pomponius* iungit, eius, qui *ad exhibendum* egit, *utroque tempore interfuiſſe oportere*, rem ei reſtitui: hoc eſt, *et quo lis conteſtatur*, et *quo ſit condemnatio*. Den erſtern Zeitpunct erfordert iuſtum initium actionis. Der letztere aber iſt darum zu berückſichtigen, weil die Condemnation des Beklagten auf das Intereſſe geht, wenn die Exhibition nicht erfolgt [99]). Dieſe kann nun nicht weiter Statt finden, wenn das vorige Intereſſe des Klägers aufgehört hat. Doneau [100]) erklärt dies auf folgende Art. Sit, ſagt er, exempli gratia, qui acturus in rem,

 tan-

98) L. 3. §. 7. *D. de homine lib. exhib.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. POTHIER Pand. Iuſtin. h. t. Nr. VII. *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. Centur. IX. Qu. 49. und DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

99) *L.* 9. *in fin. D. h. t.*

100) Comm. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

tanquam dominus, ideo agat ad exhibendum. Si, quo tempore agit, dominus non eſt, non iure agit; quia iam ab initio nihil eius intereſt, rem exhiberi, ad exſequendam eam actionem, quam non habet, nec re exhibita ſperet habere. Si dominus eſt, recte quidem agit, ſed ſi inter moras exhibitionis rem alienaverit, aeque poſſeſſor abſolvendus eſt; quia actoris intereſſe deſiit, ſublata ea actione, propter quam actionem ad exhibendum inſtituit.

IV. Der Kläger muß ſein Intereſſe beweiſen. Hierüber cognoſcirt der Richter ſummariſch, mit Verwerfung aller weit ausſehenden Einreden des Beklagten, als welche in die Hauptklage gehören. Nur ſolche Einreden finden in der Regel hier Gehör, welche ſofort liquid, und ſo evident ſind, daß ſie die Intention des Klägers ſofort vernichten; z. B. die Zeugen ſind ſchlechterdings untüchtig [r]). Sind hingegen die Einreden von der Art, daß ſie eine weitläuftige Erörterung erfordern, ſo wird der Beklagte, derſelben ungeachtet, zur Exhibition verurtheilt, und mit ſeinen Exceptionen in die Hauptklage verwieſen. Die hierher gehörigen Geſetzſtellen ſind *L.* 3. §. 9. *et* §. 13. *D. h. t.* wo Ulpian ſagt:

Sciendum eſt autem, non ſolum eis, quos diximus, competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cuius intereſt, exhiberi. *Iudex igitur ſummatim debebit cognoſcere, an eius interſit; non an eius res ſit:* et ſic iubere vel exhiberi; vel non, quia nihil intereſt.

Ibidem ſubiungit, iudicem per arbitrium ſibi ex hac actione commiſſum etiam exceptiones aeſtimare, quas poſſeſſor

r) S. DONELLI Commentar. iuris civ. c. l. pag. 1179.

poſſeſſor objicit: *et ſi qua tam evidens ſit, ut facile repellat agentem, debere poſſeſſorem abſolvi;* ſi obſcurior, vel quae habeat altiorem quaeſtionem, differendam in directum iudicium, re exhiberi iuſſa.

Es werden jedoch einige Exceptionen ausgenommen, welche der Richter nicht verwerfen darf, wenn ſie auch gleich noch auf weiterer Erörterung beruhen ſollten. Das ſind nämlich ſolche, welche aus einer Handlung des Klägers entſpringen, wodurch er ſich ſelbſt den Weg zur künftigen Klage verſperrt hat [2]). **Ulpian** nennt folgende:

De quibusdam tamen *exceptionibus omnimodo ipſum debere disceptare*, qui de *) ad exhibendum actione iudicat: veluti *pacti conventi, doli mali, rei quae iudicata eſt.*

Die *exceptio pacti* beſteht darin, wenn der Kläger mit dem Beſitzer die Uebereinkunft getroffen hat, daß er ſich der Klage, welche er jetzt intendirt, nicht bedienen wolle.

Exceptio iurisiurandi, wenn der Beſitzer bereits vorher, auf geſchehenen Eidesantrag des Klägers, geſchworen hat, die Sache gehöre ihm, oder ſie gehöre wenigſtens dem Kläger nicht.

Exceptio rei iudicatae, wenn der Kläger ſchon vorhin dieſer Sache wegen, weshalb er die Exhibition verlangt, Prozeß geführt hat, und das Urtheil wider ihn ausgefallen iſt.

Exceptio

2) S. DONELLUS c. l. pag. 1179.

*) So lieſet unſer Erlanger Pandecten Codex. Eben ſo Baudoza und Hugo a Porta. Haloander hat *in*. Die Florentine keins von beyden.

Exceptio doli, wenn der Kläger den Beklagten wegen der Sache betrogen hat, die er von ihm als die ſeinige zurückfordern will. Z. B. der Beſitzer hatte die Sache dem Kläger verkauft; allein er war durch dieſen auf eine hinterliſtige Art zum Verkauf verleitet worden. Sollte nachher die Sache zufällig wieder an den Verkäufer zurückgekommen ſeyn, ſo kann er ſich, wenn der Käufer ſie als Eigenthümer vindiciren will, und deshalb vorläufig ad exhibendum klagt, mit der Einrede des Betrugs ſchützen.

Böhmer [3]) erfordert zwar auch bey dieſen Einreden Liquidität. **Juſtus Meier** [4]) hingegen glaubt, dieſe Einreden wären darum ausgenommen, weil ſie keine weitläuftige Erörterung bedürfen. Allein die *L.* 3. §. 13. *h. t.* ſagt ganz deutlich: De his exceptionibus *omnimodo* iudicem debere disceptare. Das Wort *omnimodo*, ſo wie das in den Baſiliken [5]) vorkommende πάντως, begreift aber unſtreitig beyde Fälle unter ſich, die Erörterung dieſer Einreden mag mit Schwierigkeiten und Weitläuftigkeiten verbunden ſeyn, oder nicht. Den wahren Grund dieſer Ausnahme giebt **Doneau** [6]) richtiger auf folgende Art an:

„Has exceptiones quatuor excepit potiſſimum *Ulpianus* ex omnium numero, optima ratione, quia naſcuntur ex facto actoris, ſibi ipſi futuri iudicii cauſas eo facto praecidentis: ut qui pactus ſit ea de re; qui

3) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. II. §. 6.

4) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 9. pag. 673.

5) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Conſt. 3. §. 11. p. 233.

6) Comm. iur. civ. cit. loc. pag. 1179.

qui controverſiam iureiurando, aut iudicio ſuſtulerit; qui dolo ſuo inutilem venditionem ſibi conſtituerit. Haec facta auctori ſuo perpetuo nocere aequum eſt.“

V. Der Kläger muß alle Merkmale der Sache, wodurch ſie ſich von andern unterſcheidet, in ſeinem Klagſchreiben genau angeben, damit der Beklagte darnach beurtheilen könne, ob er die Sache beſitzt. **Ulpian** giebt dieſes Erforderniß ausdrücklich an, wenn er *L. 3. pr. D. h. t.* ſagt:

In hac actione actor omnia noſſe debet, et dicere *argumenta rei*, de qua agitur.

Cornelius van Bynkershök [7]) glaubt zwar, der Kläger müſſe durch die actio ad exhibendum erſt die Merkmale der Sache kennen lernen, um ſie bey der künftigen Vindication deſto genauer zu bezeichnen, und will daher ſtatt *dicere* vielmehr *diſcere* leſen. **Pothier** [8]), **Heineccius** [9]), **Wächtler** [10]) und **Joh. Wilhelm Hoffmann** [11]) ſtimmen ihm auch hierin bey. Allein **Gerhard Noodt** [12]), **Johann Jenſius** [13]) und **Joh. Heinrich von Berger** [14]) haben dieſe Emendation mit Recht verworfen.

7) Praefat. ad IV. Libros prior. Obſervation. iuris Rom. §. *Sed quia.*

8) Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XX. not. g. pag. 524.

9) Opuscul. poſtum. ad Edictum perpet. Tit. 57. not. b. pag. 543.

10) Opusc. iurid. a *Trotzio* edit. pag. 464.

11) Meletemat. ad Lib. X. Pand. in Thes. iuris controv. Nr. VIII.

12) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 244.

13) Strictur. ad Rom. iuris Pand. Lib. X. h. t. pag. 93. (*Lugd. Batav.* 1764. 4. maj.)

14) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 13. Th. 1. Not. 4.

worfen. Immerhin mögen einige Handſchriften *diſcere* leſen, wie bey Haloander, Baudoza, und in der Ausgabe apud Sennetonios *Lugduni* 1549. am Rande angemerkt worden iſt; ſo iſt doch dieſe Leſeart offenbar falſch. Denn erſtens ſteht das *diſcere* mit den vorhergehenden Worten *omnia noſſe debet*, in einem evidenten Widerſpruche. Muß der Kläger alle Merkmale der Sache kennen, deren Exhibition er verlangt, ſo darf er ſie ja nicht erſt durch die actio ad exhibendum kennen lernen [15]). Sodann widerſtreitet die Auctorität der florentiniſchen Pandecten. Nicht minder ſind die Baſiliken [16]) der Bynkershökiſchen Conjectur entgegen, als welche vielmehr die gemeine Leſeart beſtärken. In denſelben lautet nämlich unſere Stelle ſo:

Ο ἐνάγων ὄφειλει τὰ γνωρίσματα λέγειν τοῦ πράγματος. i. e. *Qui ad exhibendum agit, argumenta et indicia rei dicere debet.*

Aus allen erhellet alſo ſoviel, daß *dicere* hier nichts anders heißt, als *edere*, angeben; und *argumenta rei* bedeuten die Kennzeichen und Eigenſchaften einer Sache, wodurch ſie ſich von andern Sachen unterſcheidet [17]).

Es

15) Wächtler bemerkt zwar, daß in der edit. Pand. *Chevalloniana* ſtatt noſſe ſtehe *noſcere*. Allein das kann hier nicht in Betrachtung kommen.

16) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Conſt. 3. pag. 231.

17) In dieſer Bedeutung kommt das Wort *argumentum* auch *L*. 34. §. 2. *D. de auro et arg. leg.* vor. S. *Io. Guil.* MARCKARTI Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 8.

Es kann demnach nur als Ausnahme von der Regel gelten, wenn es bey Noxalklagen dem Kläger, welcher den Sklaven, der ihm den Schaden zugefügt hatte, nicht mit Namen anzugeben wußte, verſtattet war, auf Darſtellung der ganzen Sklaven-Familie des Beklagten zu klagen, um den Sklaven näher kennen zu lernen, und auszuſuchen, welcher den Schaden angerichtet hatte. Doch konnte auch hier der Kläger eine ſolche Exhibition anders nicht verlangen, als wenn er wenigſtens durch Anzeigen wahrſcheinlich machen konnte, daß er von einem der Sklaven des Beklagten beleidiget worden ſey [18]), wie aus folgender Stelle des Ulpians erhellet.

L. 3 §. 7. *D. h. t.* Si quis noxali iudicio experiri velit, ad exhibendum ei actio eſt neceſſaria. Quid enim, ſi dominus quidem paratus ſit defendere, actor vero deſtinare non poſſit, niſi ex praeſentibus; quia aut ſervum non recognoſcit, aut nomen non tenet. Nonne aequum eſt, ei familiam *exhibere* [19]), ut noxium ſervum adgnoſcat? *Quod ex cauſa* [20]) *debet fieri, ad deſignandum eum, cuius nomine noxali quis agit, recenſitione* [21]) *ſervorum facta* [22]).

Die

18) S. IENSIUS in Strictur. cit. pag. 96.

19) Statt *exhibere* lieſet unſer Erlanger Pandecten-Codex beſſer *exhiberi*.

20) Die Worte: *ex cauſa* erklärt NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 244. §. *Hoc non omittam* durch cauſa cognita.

21) Haloander hat *recenſione*. Eben ſo unſer Erlanger Pandecten-Codex.

22) Man verbinde damit *L.* 3. §. 2. *D. de Publicanis.*

Die Unbekanntſchaft des Klägers mit dem Gegenſtande, deſſen Exhibition er verlangte, verdiente in dieſem Falle um ſo mehr Nachſicht, weil es hier auf ein Delict ankam, welches nicht unbeſtraft bleiben konnte. Es wäre wenigſtens höchſt ungerecht geweſen, wenn dieſe Unbekanntſchaft dem Sklaven zur Impunität dienen, und den Beſchädigten um ſein Recht, Schadenserſatz zu fordern, hätte bringen ſollen [23]).

Aus dem vorigen ergiebt ſich endlich,

VI. daß die actio ad exhibendum nur eigentlich bey beweglichen Sachen Statt habe, inſofern es nämlich auf eine Vorzeigung ankommt, um ſein Recht an der Sache verfolgen zu können [24]). Eine ſolche Vorzeigung läßt ſich nun aber bey unkörperlichen Sachen nicht denken, unbewegliche Sachen hingegen brauchen nicht erſt von einem Andern vorgezeigt zu werden, man kann ſie ja ſchon von ſelbſt in Augenſchein nehmen [25]). Viele [26]) wollen jedoch den Fall ausnehmen, wenn dem Kläger die Lage oder Gränzen eines Grundſtücks unbekannt ſeyn ſollten. Hier könne der Kläger durch die actio ad exhiben-

23) S. DONELLI Comment. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. §. *Actio quoque* pag. 1177.

24) L. 56. *D. de procurator.* L. 22. *D. de Verb. Significat.* L. 6. *D. ad exhib.*

25) *L. 2. C. Quando et quibus.*

26) ECKOLT Compend. Pandectar. Tractat. h. t. §. 5. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 13. Th. 1. Not. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 10. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 8. HOMMEL ad *Menckenii* Introduct. in doctrinam de actionib. for. not. 1251. pag. 390. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. cura GMELIN Tom. III. §. 4006. not. h. u. a. m.

exhibendum mit Recht fordern, daß ihm der Beklagte dieſe angebe. Z. B. es iſt mir ein Grundſtück vermacht worden, und ich weis nicht, wo es liegt. Man beruft ſich deswegen auf die *L.* 8. *D. h. t.* wo **Julian** ſagt:

Si *ad exhibendum* actum eſt cum eo, qui neque poſſidebat, neque dolo malo fecerat, quominus poſſideret, deinde eo defuncto heres eius poſſidet rem, exhibere cogendus erit. Nam ſi fundum vel hominem petiero, et heres ex eadem cauſa poſſidere coeperit, reſtituere cogitur.

Allein **Julian** ſagt hier mit keinem Worte, daß die actio ad exhibendum bey unbeweglichen Sachen Statt habe; ſondern er will nur ſoviel ſagen, der Erbe desjenigen, welcher ad exhibendum war belangt worden, könne, ohne gegen ihn eine neue Klage anſtellen zu dürfen, zur Exhibition genöthiget werden, wenn er die Sache beſitzt, die ſein Erblaſſer weder beſaß, noch argliſtig zu beſitzen aufgehört hatte, und die Klage ſey alſo in dieſem Falle nicht vergeblich angeſtellt. Denn auch bey der Reivindication, welche durch die actio ad exhibendum gewöhnlich vorbereitet wird, ſey es eben ſo, wenn nämlich der Erbe den Beſitz der Sache verlangt haben ſollte, welchen der Erblaſſer noch nicht hatte, gegen welchen gleichwohl die Reivindication aus Irrthum war angeſtellet worden. Das Beyſpiel, welches hier **Julian** vom fundus anführt, geht blos auf die Reivindication, bey welcher es angeführt wird, aber nicht auf die actio ad exhibendum. Es findet ſich demnach auch nicht eine einzige Geſetzſtelle, welche jene Meinung begründet. Vielmehr iſt es ſehr merkwürdig, daß überall, wo der actio ad exhibendum Erwähnung geſchiehet,

geſchiehet, auch von beweglichen Sachen die Rede iſt. Ich will hier, außer den ſchon oben vorgekommenen Stellen, hier nur einer einzigen noch gedenken, die mir beſonders merkwürdig zu ſeyn ſcheint. **Licinius Rufinus** ſagt nämlich *L.* 38. *in fin. D. de iudiciis.*

Si per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet, ubi res eſt. Et, ſi *mobilis ſit res*, ad exhibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem: ſic enim vindicari a legatario poterit.

Die hier mit beſonderem Bedacht beygefügte Beſtimmung: *ſi mobilis ſit res*, wäre, wie **Juſtus Meier** [27]) ſehr richtig bemerkt, ganz überflüßig, wenn ſie nicht der actio ad exhibendum eigen wäre. Ich läugne nicht, daß bey unbeweglichen Sachen, die man fodern kann, zuweilen die Lage oder Gränzen unbekannt ſeyn können, allein deswegen bedarf es doch dieſer Klage nicht. Denn, man ſetze, daß mir ein ſolches Grundſtück vermacht worden ſey, ſo geht ſchon hierauf die Klage mit, die mir wegen des Vermächtniſſes zuſteht. Magis eſt, ſagt **Huber** [28]), ut hoc in ipſa legati actione contineatur; ſcilicet, ut heres condemnetur ad fundum legatum, ubicunque ſit, praeſtandum; actionem ad exhibendum ea gratia dari, ab iuris uſu alienum videtur. Hierin ſtimmen auch **Voet** [29]), **Böckelmann** [30]) und **Schulting** [31]) überein.

Kommt

27) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 6. pag. 671.

28) Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 6. in Reſpons. ad Schol. pag. 417. (edit. *Franequer*. 1689. 4.)

29) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

30) Commentar. in Dig. h. t. §. 7.

31) Theſ. controverſar. Decad. XXX. Th. 9.

Kommt es nicht gerade auf Vorzeigung einer Sache an, ſondern die Klage ad exhibendum wird auf Herausgabe oder auf Erſatz einer ſchuldigen Sache gerichtet, ſo kann jede Sache, auch eine unkörperliche, der Gegenſtand dieſer Klage ſeyn. Einen dahin gehörigen merkwürdigen Fall erzählt **Ulpian** aus dem **Marcellus** *L.* 9. §. 4. *D. h. t.*

Marcellus ſcribit, ſi tibi decem numiſmata ſint ſub conditione legata, et mihi decem uſusfructus pure, deinde heres pendente conditione, *non exacta cautione*, decem fructuario ſolverit, *ad exhibendum eum actione teneri: quaſi dolo fecerit, quominus poſſideret.* Dolus autem in eo eſt, *quod cautionem exigere ſuperſedit a fructuario:* effectumque, ut legatum tuum evaneſceret, cum iam nummos vindicare non poſſis. *Ita demum autem locum habebit ad exhibendum actio, ſi conditio extiterit legati.* Potuiſti tamen tibi proſpicere ſtipulatione legatorum: et ſi proſpexiſti, non erit tibi neceſſaria ad exhibendum actio. Si tamen ignarus legati tui, a fructuario ſatis non exegit, dicit *Marcellus*, ceſſare *ad exhibendum:* ſcilicet quia nullus dolus eſt. Succurrendum tamen legatario *in factum adverſus fructuarium actione*, ait.

Marcellus entſcheidet hier folgenden Fall. A. hat dem B. eine Summe Geld vermacht, aber unter einer gewiſſen Bedingung, mir aber den Nießbrauch von dieſer Summe, und zwar unbedingt. Daß ein ſolches Legat, vermöge des ſchon an einem andern Orte (Lib. VII. Tit. 4.) erklärten Senatusconſultum vom Quaſi-Uſufructus gilt, hat keinen Zweifel. Allein zu bemerken iſt, daß B. in die-

ſem Falle an dem Nießbrauche Antheil nimmt, ſobald die Bedingung exiſtirt. Julian ſagt dieſes ausdrücklich *L. 6. D. de uſufr. ear. rerum, quae uſu conſum.* wo es heißt: Si tibi decem legata fuerint, mihi eorundem decem (millium) uſusfructus: fient quidem tua tota decem millia, ſed mihi quinque numerari debebunt; *ita ut tibi caveam, tempore mortis meae aut capitis deminutionis reſtituiri.* Nam et ſi fundus tibi legatus fuiſſet, et mihi eiusdem fundi uſusfructus: haberes tu quidem totius fundi proprietatem, ſed partem cum uſufructu, partem ſine uſufructu; et non heredi, ſed tibi caverem boni viri arbitratu. Alſo der Nießbrauch der vermachten Summe wird unter uns getheilt. So lange indeſſen die Bedingung noch ſchwebt, habe ich den Genuß allein. Nun ſeze man, der Erbe habe mir pendente conditione die ganze Summe ausgezahlt, aber keine Caution gefordert, daß ich die Hälfte davon dem B. reſtituiren ſolle, wenn die Bedingung des Legats exiſtiren wird. Hierauf trift die Bedingung wirklich ein. Das Geld iſt aber nicht mehr da. Wie hilft ſich hier der Legatar, um ſeine Hälfte zu bekommen? Marcellus unterſcheidet, ob dem Erben das Legat bekannt war, und derſelbe dennoch die Caution ſich von dem Uſufructuar beſtellen zu laſſen unterließ, oder ob ihm ſolches unbekannt war. Im erſten Fall kann B. gegen den Erben ad exhibendum klagen, denn der Erbe iſt hier als ein ſolcher anzuſehen, qui dolo poſſidere deſiit. Sein dolus beſteht darin, daß er keine Caution gefordert hat. Hätte ſich jedoch der Legatar von dem Erben die gewöhnliche Caution wegen ſeines bedingten Vermächtniſſes beſtellen laſſen, (S. Tit. Pand. *ut legatorum ſ. fideicommiſſor. ſervandorum cauſa caveatur.* XXXVI. 3.) ſo kann er ſich auch an dieſe halten.

halten. Im letztern Falle hingegen fällt die actio ad exhibendum weg, weil hier der Erbe ſich keiner Argliſt ſchuldig gemacht hat. Der Legatar klagt alſo gegen mich, den Uſufructuar, mit der actio in factum, daß ich ihm ſeinen Antheil herauszahle *).

Man pflegt heut zu Tage die actio ad exhibendum, in ſofern ſie blos auf Vorzeigung einer Sache geht, zugleich mit der Hauptklage, welcher dadurch der Weg gebahnt werden ſoll, in demſelben Libell zu verbinden [32]). Dieſe Cumulation wird auch von unſern Practikern zur Abkürzung des Prozeſſes vorzüglich angerathen [33]). Zwar muß auch in dieſem Falle erſt über das vorbereitende Geſuch verfahren, und entſchieden werden; dann aber bedarf es keines neuen Libells, um zu der Hauptklage in dem Verfahren überzugehen [34]).

*) S. *Iac.* CUJACII Recitatt. ſolemnes ad Lib. X. Dig. h. t. ad L. 3. §. 14. (*Operum* a FABROTO editor. Tom. IV. P. I. pag. 638.)

32) Ein Formular eines ſolchen Libells giebt CARRACH in Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionib. pag. 112.

33) VINNIUS in Commentar. ad §. 3. I. de officio iud. ad verba: *Fructuum medii temporis.* ECKOLT Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 1. MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. Sect. IV. Cap. I. Membr. I. §. 10. pag. 392. u. a. m. Anderer Meinung iſt jedoch *Barthol. Leonh.* SUENDENDÖRFER ad *Eckoltum* cit. loc. pag. 321.

34) S. den 4. Th. dieſes Commentars. §. 284. e. S. 31. f. und GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsſtreitigkeiten. §. 167. S. 331. folg.

§. 743.

Gegen wen hat die actio ad E. Statt?

Die Klage kann gegen jeden angeſtellt werden, der es in ſeiner Gewalt hat, die Sache zu exhibiren, er ſey Civil- oder blos natürlicher Beſitzer. Ja wenn er auch gleich nicht einmal im juriſtiſchen Sinn Beſitzer, ſondern ein bloßer Inhaber oder Detentor der Sache iſt. Folgende Stellen verdienen hier bemerkt zu werden.

L. 3. §. *ult. D. h. t.* Sciendum eſt, adverſus poſſeſſorem hac actione agendum: non ſolum eum, qui *civiliter*, ſed et eum, qui *naturaliter* incumbat poſſeſſioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. D. h. Es kommt bey der actio ad exhibendum gar nicht darauf an, ob der Beklagte die Sache unter Umſtänden beſitzt, unter welchen er durch Uſucapion das Eigenthum der Sache erwerben könnte, oder nicht. Sie geht daher zum Beyſpiel (ſo muß hier das Wort: *denique* erklärt werden [35]) auch gegen den Gläubiger, dem die Sache, deren Vorzeigung verlangt wird, zum

35) Das Wort: *denique* iſt ſchon mehrmals in der Bedeutung vorgekommen, da es den Uebergang von der Regel zur Anwendung oder eine Folge aus dem Vorhergehenden bezeichnen ſoll. Dieſe Bedeutung hat auch Herr von Savigny in ſeinem klaſſiſchen Werke vom Recht des Beſitzes §. 7. S. 47. inſonderheit bey der *L.* 3. §. 15. *D. h. t.* bemerkt, und ſie noch aus mehreren andern Stellen erwieſen. Er hätte ſich auch auf die *Baſilica* berufen können, in welchen Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. pag. 233. unſere Stelle ſo überſetzt iſt: ὅθεν καὶ ὁ λαβὼν εἰς ἐνέχυρον τὸ πρᾶγμα — ἐνάγεται. i. e. ideoque et *cum eo, qui pignori rem accepit, — agitur.*

zum Pfande gegeben worden, wenn er gleich kein Civilbeſitzer iſt [36]).

L. 4. D. h. t. Nam et cum eo, apud quem depoſita, vel cui commodata, vel locata res ſit, agi poteſt.

L. 5. D. eodem. *Celſus* ſcribit, ſi quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo poſuit, cum conductore ad exhibendum agi poteſt. Item, ſi mortuo conductore heres exiſtat, cum herede agendum. Sed ſi nemo heres ſit, cum horreario agendum: nam ſi a nullo, inquit, poſſidentur, verum eſt, aut horrearium poſſidere, aut certe ille eſt, qui poſſit exhibere. Idem ait: Quomodo autem poſſidet, qui vehendas conduxit? an quia pignus tenet? Quae ſpecies oſtendit, etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.

L. 5. §. 1. D. eod. *Iulianus* autem ita ſcribit, ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum ſervandorum cauſa in poſſeſſione ſit. Sed et eum, qui uſusfructus nomine rem tenet: quamvis nec hic utique poſſideat. Inde *Iulianus* quaerit, quatenus hos oporteat exhibere? Et ait, priorem quidem ſic, ut actor poſſeſſionem habeat: is autem, cum quo agetur, rei ſervandae cauſa, ſit in poſſeſſione: eum vero, qui uſumfructum habeat, ſic, ut actor rem poſſideat: is, cum quo agetur, utatur fruatur.

36) *L. 13. pr. L. 16. D. de uſurpat. et uſucap.* S. THIBAUT Animadverſion. de naturali et civ. poſſeſſione, adject. CUPERI Obſervationib. ſelect. de natura poſſeſſionis, denuo ab Eo editis pag. 159.

Es ſchien weniger zweifelhaft zu ſeyn, daß der Gläubiger, welcher die Sache, die der Kläger zu ſehen verlangt, als ein Fauſtpfand beſitzt, ad exhibendum verbunden ſey, als bey einem bloßen Detentor. Denn iſt gleich jener kein Civilbeſitzer, in Abſicht auf Uſucapion, ſo beſitzt er doch in jeder andern juriſtiſchen Rückſicht [37]), wie Javolen lehrt, wenn er *L.* 16. *D. de uſurpat. et uſucap.* ſagt:

Qui pignori dedit, ad uſucapionem tantum poſſidet: *quod ad reliquas omnes cauſas pertinet*, qui accepit, poſſidet.

Er hat daher das Recht der poſſeſſoriſchen Interdicte, nicht nur gegen Fremde, z. B. interdictum: Uti poſſidetis et Utrubi, welche nur dem creditor, qui in poſſeſſionem rei ſervandae cauſa miſſus eſt, darum abgeſprochen werden, weil dieſer keinen juriſtiſchen Beſitz hat [38]); ſondern auch gegen den Schuldner ſelbſt [39]). Sein Beſitz iſt alſo eine wahre poſſeſſio im juriſtiſchen Sinn [40]). Denn nur ein ſolcher Beſitz iſt Bedingung der Interdicte [41]). Es hatte folglich auch keinen Zweifel, daß die actio ad exhibendum gegen ihn Statt habe. Allein alle übrige, welche in den angeführten beyden andern Geſetzſtellen genennt

37) S. *Franc.* DUARENUS in Comment. ad L. 1. §. *Per ſervum corporaliter.* D. de acquir. poſſeſſ. (Operum pag. 626.) und *Chr. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris. Rom. privati noviſſ. Tom. I. §. 264.

38) *L.* 3. §. 8. *D. Uti poſſidet.* S. GALVANUS de Uſufructu. Cap. 33. Nr. VII. pag. 461. edit. *Tübing.*

39) L. 6. §. 4. *D. de precario.*

40) L. 35. §. 1. L. 37. *D. de pignerat. act.*

41) S. von Savigny Recht des Beſitzes §. 7. S. 61.

nennt werden, der Depoſitar, der Commodatar, der Pachter, der creditor in poſſeſſionem miſſus, u. ſ. w. ſind keine poſſeſſores im juriſtiſchen Sinn. Von dieſen wird geſagt: *tenent*, ſed non *poſſident* [42]). Alle dieſe haben daher auch das Recht der poſſeſſoriſchen Interdicte nicht [43]). Bey dieſen ſchien es alſo zweifelhaft zu ſeyn, ob die actio ad exhibendum auch gegen ſie gehe. Denn dieſe Klage war, wie **Ulpian** ſagt, hauptſächlich wegen der Vindication eingeführt. Nun waren die Römiſchen Rechtsgelehrten darüber nicht einig, ob die Reivindication auch gegen denjenigen Statt habe, bey dem eigentlich im juriſtiſchen Sinn gar keine Poſſeſſion angenommen werden kann, ſondern welcher die Sache blos körperlich detinirt [44]). **Pegaſus** behauptete, ſie ſetze von Seiten des Beklagten immer eine wahre poſſeſſio, d. i. einen ſolchen Beſitz voraus, der wenigſtens das Recht zu Interdicten begründet. Vermuthlich dachte alſo **Pegaſus** auch eben ſo von der präparatoriſchen Klage ad exhibendum. Allein **Ulpian** entſchied gegen ihn, und ſtellte den Grundſatz auf, *ab omnibus qui tenent, et habent reſtituendi facultatem, peti poſſe.* Dieſem gemäß behauptet nun auch eben dieſer **Ulpian** hier: *omnes, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum actione teneri, quamvis proprie non poſſideant.* In Anſehung der *L. 5.* wo **Ulpian** dieſes ſagt, ſcheint mir jedoch Manches noch einer näheren Erläuterung zu bedürfen.

42) *L. 9. D. de rei vindicat. L. 10. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* L. 3. §. 8. *D. Uti poſſidet.* L. 6. §. 2. *D. de precario.*

43) *L. 1. §. 10. D. de vi. L. 3. §. 8. D. Uti poſſidet.*

44) L. 9. *D. de rei vindicat.*

Ulpian trägt im Anfange deſſelben folgenden Fall vor. Es hat Jemand einem Fuhrmann Waaren zum Transport gegeben. Dieſer hat ſie einſtweilen in einem Magazin niedergelegt. Nun entſtand Zweifel, welches die rechten Waaren ſind. Um ſich dies erklären zu können, muß ich bemerken, daß *horrea* bey den Römern ſolche Gebäude hießen, worin Feldfrüchte, Wein, Kaufmannsgüter, Kunſtſachen, ja oft Sachen von größtem Werth niedergelegt und aufbewahrt wurden [45]). In einem ſolchen Magazine oder Vorrathshauſe befanden ſich alſo gewöhnlich Sachen, die verſchiedenen Eigenthümern zugehörten. Dem Eigenthümer der zum Transport gegebenen Waaren war alſo daran gelegen, zu wiſſen, welches ſeine Waaren ſind, und ob auch der Fuhrmann die rechten Waaren aufgeladen habe. Gegen wen mußte nun alſo auf Vorzeigung geklagt werden? Celſus entſcheidet ſo. Zunächſt muß gegen den Fuhrmann geklagt werden, der die Waaren in Empfang genommen hat. Wäre dieſer unterdeſſen geſtorben, ſo iſt entweder ein Erbe da, oder nicht. In jenem Falle muß gegen dieſen geklagt werden; in dem letztern aber gegen den Eigenthümer des Horreums. Daß die actio ad exhibendum gegen den horrearius Statt habe, erklärte ſich leicht. Denn beſitzt weder der Fuhrmann, noch deſſelben Erbe die Waaren, (dies ſollen offenbar die Worte: *nam ſi a nullo poſſiden-*

45) L. 6. *pr. D. de edendo.* L. 74. *D. de contr. emt. vendit.* L. 60. §. 6. *D. locati.* L. 3. §. 2. *D. de officio praefecti vigil.* L. 32. §. 4. *D. de auro. arg.* L. 30. §. 4. *D. ad L. Falcid.* Man vergleiche hier vorzüglich *Barn.* BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 18. und *Herm.* CANNEGIETER Obſervation. iuris Rom. Lib. II. cap. 3. pag. 150. ſq.

poſſidentur, heißen, und es iſt gar nicht nöthig, mit Anton Faber [46]) ſtatt a nullo *ab ullo* zu leſen), ſo muß ſie entweder der horrearius entwendet haben [47]), oder ſie befinden ſich noch in ſeiner Niederlage, und dann kann er ſie exhibiren. Allein aus welchem Grunde konnte der Fuhrmann ad exhibendum belangt werden? Dieſer iſt doch auf keine Weiſe als juriſtiſcher Beſitzer zu betrachten. Man müßte denn etwa ſagen, er habe die Waaren als ein Pfand in Händen. Dies ſcheint mir der Sinn der Worte zu ſeyn: *an quia pignus tenet?* Cujaz [48]) verſteht ſie zwar ſo, daß der Fuhrmann, wegen des ihm ſchuldigen Fuhrlohns, ein ſtillſchweigendes Pfandrecht habe, und beruft ſich auf *L. 6. §. 2. D. Qui potior. in pign.* Zu dieſer Erklärung ſcheint die Leſeart in den gloſſirten Handſchriften: *an quia pignori tenet?* Anlaß gegeben zu haben, welche jedoch auch bey Haloander und Baudoza vorkommt. Eben ſo Galvanus [49]). Allein Pothier [50]) erklärt die von Cujaz angeführte Stelle richtiger von dem

46) Rational. in Pandect. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 463. Richtiger ſagt die Gloſſe ad h. L. ad verba: *Si a nullo*, id eſt, nec a conductore, nec ab herede eius.

47) So erklärt das *poſſidere* für poſſeſſionem invadere, *Engelbert de* MAN in Diſſ. de theſauro ad L. 3. §. 3. D. de acquir. vel amitt. poſſeſſ. *Trajecti ad Rhen.* 1740. §. 27. (in *Ger.* OELRICHS *Theſaur. Diſſertation. iuridic. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XVII. pag. 368.)

48) Recitation. ſolemnes ad Lib. X. Dig. h. L. 5. h. t. (*Operum* a FABROTO *editor.* Tom. IV. P. I. pag. 641.)

49) De Uſufructu Cap. 33. nr. VII. pag. 461.

50) Pandect. Iuſtinian. Tom. I. Lib. XX. Tit. 4. Nr. XXVI. not. c. pag. 573.

dem Falle: *Si convenerit, ut pro hac mercede merces eſſent pignori.* Anton Faber [51]) hingegen glaubt vielmehr, es ſey hier von keinem eigentlichen Pfandrechte die Rede, ſondern der Fuhrmann könne die Waaren, gleichſam als ein Pfand, ſo lange zurückhalten, bis ihm das Fuhrlohn bezahlt worden iſt. So rede Julian auch *L.* 13. §. 8. *D. de act. emti vend.* von dem Retentionsrechte des Verkäufers, ſo lange das Kaufgeld noch nicht bezahlt iſt. Dieſe Erklärung ſcheint allerdings dem Sinn des Geſetzes gemäßer zu ſeyn. Denn Celſus ſucht hier blos einen Grund auf, warum auch der bloße Detentor ad exhibendum belangt werden könne. Dann hat dieſe Erklärung auch die Auctorität der Baſiliken [52]) für ſich, in welchen dieſe Stelle ſo lautet:

Ἐὰν τις ἐπὶ τῷ μεταγαγεῖν Φορτία μιςθωσάμενος, ἀπόθηται αὐτὰ ἐν ὁρίῳ, αὐτὸς καὶ ὁ κληρονόμος αὐτȣ̃ ἐνάγονται τῇ παραςάσει αὐτῶν. αὐτοὶ γὰρ αὐτὰ δοκοῦσιν ὡς ἐνέχυρον νέμεσθαι. i. e. *Si quis merces, quas transvehendas conduxit, in horreo repoſuerit, cum ipſo, et cum herede eius ad exhibendum agi poteſt: ipſi enim eas videntur poſſidere quaſi pignus.*

Doch bedarf es dieſes Grundes nicht einmal. Denn der Hauptgrund bleibt immer der, daß es bei der actio ad exhibendum gar nicht darauf ankommt, ob derjenige, welcher belangt wird, im juriſtiſchen Sinn Beſitzer iſt, ſondern nur darauf allein, ob es in ſeiner Macht ſteht, die Sache zu exhibiren. Dies iſt der Sinn der letzten Worte: *Quae ſpecies oſtendit, — ad exhibendum teneri.*

In

51) Rational. in Pand. c. l.

52) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Conſtit. 5. pag. 233.

In dem §. 1. der *L.* 5. *h. t.* führt Ulpian noch ein Paar Beyſpiele aus Julian an, nämlich vom creditor, qui rerum vel legatorum ſervandorum cauſa in poſſeſſione ſit, und dem Uſufructuar. Beyde ſind zwar bloße Detentoren, oder natürliche Beſitzer [53]), ſie können aber dennoch nach dem angeführten Princip ad exhibendum belangt werden. Es kam nur noch darauf an, näher zu beſtimmen, in wiefern ſie zur Exhibition verbunden ſind. Ulpian beſtimmt dieſes nach Julian auf folgende Art: Ait, priorem quidem ſic, *ut actor poſſeſſionem habeat;* is autem, cum quo agetur, *rei ſervandae cauſa ſit in poſſeſſione.* Daß dieſes überhaupt auf den creditor oder legatarius in poſſeſſionem miſſus geht, ſieht jeder von ſelbſt. Allein was heißt: *ut actor poſſeſſionem habeat?* Anton Faber [54]) fertiget uns mit der Bemerkung ab, daß etwas Anders ſey, poſſeſſionem habere, etwas anders: in poſſeſſione eſſe. Nun könne, der Billigkeit nach, durch die actio ad exhibendum die Lage desjenigen, qui in poſſeſſione eſt, nicht verſchlimmert werden, wenn durch die Hauptklage, die dadurch vorbereitet wird, die Sache, von welcher die Rede iſt, dem Beklagten abgeſprochen wird. Pothier [55]) hingegen erklärt dieſe Stelle auf folgende Art: Si non appareat heres, qui verus poſſeſſor eſt, transfertur quidem poſſeſſio in actorem; ſic tamen, ut legatarius, qui rem exhibuit, perſeveret eſſe in eius poſſeſſione; donec per actionem, cuius actio

53) L. 3. §. 8. *D. Uti poſſidet.* L. 12. *D. de acquir. poſſeſſ. L.* 1. §. 8. *D. Quod legator. L.* 6. §. 2. *D. de precario.*

54) Rational. in Pand. h. L.

55) Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. IX. not. d.

actio *ad exhibendum* praeparatoria eſt, revocetur eius poſſeſſio, et res evincatur. Allein die Worte *poſſeſſionem habere* ſcheinen mir auf die künftige Reſtitution der Sache, als die Wirkung der Hauptklage zu gehen. *Reſtituere* enim, ſagt Cajus [56]), eſt etiam poſſeſſorem facere; oder ſie können auch die Wirkung der actio ad exhibendum ſelbſt anzeigen. Denn auch dieſe Klage geht auf Reſtitution, wenn der Beklagte ſich mit dem Kläger in keinen Hauptproceß einlaſſen will, wie Cujaz [57]) bemerkt. Jedoch ſoll hier die Exhibition auf eine ſolche Art geſchehen, daß das dem Beklagten durch die Miſſion zuerkannte prätoriſche Pfandrecht nicht aufgehoben werde. In den Baſiliken [58]) wird dieſe Stelle auf folgende Art überſetzt: Καὶ ὁ δανειςὴς, καὶ ὁ ληγατάριος πεμφθέντες εἰς νομὴν, ἐνάγονται τῇ παραςατικῇ ἀγωγῇ, ἵνα νέμηται μὲν ὁ ἐνάγων, καὶ αὐτοῖς δὲ φυλαχθῇ ἡ νομὴ τȣ ἐνεχύρου. i. e. *Creditor, et legatarius, qui in poſſeſſionem miſſi ſunt, ad exhibendum actione tenentur, ut actor quidem poſſeſſionem habeat, ipſis autem pignoris poſſeſſio ſervetur.*

Auf eben dieſe Art ſoll nun auch der Uſufructuar, ſalvo uſufructu ſuo, zur Exhibition gehalten ſeyn, wie die letzten Worte des §. 1. der *L. 5. h. t.* ganz deutlich anzeigen.

Die Klage ad exhibendum iſt übrigens begründet, der Beklagte mag die Sache an ſich, oder die Hauptſache beſitzen, mit welcher die zu exhibirende Sache verbunden iſt. Ulpian führt hiervon folgende Beyſpiele an.

L. 7.

56) *L. 22. D. de Verbor. Signif.*

57) Recitat. ſolemn. ad Lib. X. Dig. h. t. ad §. *Quantum autem* L. 9. (*Operum* T. IV. P. I. pag. 650.)

58) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Conſt. 5. §. 1. pag. 233. ſq.

L. 7. §. 1. *et* 2. *D*. *h*. *t*. Sed ſi rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita *Pomponius* ſcribit, *quamvis tunc civiliter non poſſideas.*

Dieſe letztern Worte wollen ſo viel ſagen, daß der Beſitzer einer zuſammengeſetzten Sache, in ſofern von dem Beſitz der einzelnen Theile für ſich, z. B. der Räder an einem Wagen, die Rede iſt, dieſelben im eigentlichen Sinn des Civilrechts nicht beſitze. So erklärt ſie auch **Pothier** [59]) welcher ſagt: Quamvis proprie non poſſideas rotam, ſed magis vehiculum, cui cohaeret: quamdiu enim cohaeret, per ſe rota non poſſidetur; vehiculum tantum poſſidetur. Eben ſo **Thibaut** [60]), obwohl der Grund, den er anführt, weil es nämlich eine Quaeſtio Domitiana geweſen wäre, ob auch derjenige mit der actio ad exhibendum belangt werden könne, welcher die Sache nicht gerade ad uſucapionem beſitzt? niemanden überzeugen wird, der aus den oben angeführten Stellen erſehen hat, daß **Ulpian** gerade dieſelbe Frage durch die angeführten vielen Beyſpiele außer Zweifel ſetzen will, welche **Thibaut** für abſurd hält, wie Herr von **Savigny** [61]) ſehr richtig dagegen erinnert hat [62]).

Idem et ſi armario vel navi tabulam meam, vel anſam ſcypho iunxeris, vel emblemata phialae:

59) Pandect. Iuſtin. h. t. Nr. X. not. e.

60) Animadv. de naturali et civ. poſſeſſione (als Anhang zu CUPERI Obſervat. ſelect. de natura poſſeſſ. pag. 162.)

61) Recht des Beſitzes §. 7. S. 56. Not. 2.

62) In den *Baſilic.* Tom. II. pag. 235. lauten die Worten ſo: *εἰ καὶ μὴ νέμῃ πολιτικῶς.*

lae[63]): vel purpuram veſtimento intexeris, aut brachium ſtatuae coadunaveris.

In allen dieſen Fällen wird jedoch, wie Cujaz[64]) ganz richtig bemerkt, vorausgeſetzt, daß eine Trennung der acceſſoriſchen Sache von der Hauptſache möglich ſey. Denn dieſe Trennung zu bewirken, iſt hier der Zweck der actio ad exhibendum, weil ſonſt die Vindication der Sache nicht Statt finden kann. Paulus ſagt dies auch ausdrücklich *L. 6. D. h. t.* wo es heißt:

Gemma incluſa auro alieno, vel ſigillum[65]) candelabro vindicari non poteſt: ſed, *ut excludatur*, ad exhibendum agi poteſt.

Iſt bey metallenen Gefäßen oder Figuren die Verbindung durch Schmelzen geſchehen, ſo unterſcheiden die Geſetze zwiſchen *ferruminatio* und *plumbatura*. Jene iſt ein

63) *Phiala* eine Art von Trinkgeſchirr. S. WUNDERLICH Additamenta ad BRISSONIUM h. v. pag. 51. *Emblemata* Figuren, meiſt von Golde, die man an das ſilberne Geſchirr, z. E. an Pokäle, Leuchter, Schüſſeln, u. d. von auſſen zur Zierde anſetzte, und nach Belieben wieder abnehmen konnte. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Emblema*. ERNESTI Clav. Ciceron. h. v.

64) Recitat. ſolemn. ad h. Tit. Pand. *Oper.* Tom. IV. P. I. pag. 639.

65) *Sigillum*, eine eingelegte oder angeheftete erhabene Figur, womit man das Geſchirr zu verzieren pflegte, die ſich aber nur auf der einen Seite zeigte, und auch wieder weggenommen werden konnte. BRISSON. h. v. und beſonders *Chriſt. Frid.* WOLLE Archaeologiae iuridicae ſpecimen. *Lipſiae* 1772. P. II. Cap. 2.

ein Anſchmieden oder eine Anſchweiſung, die mittelſt eben derſelben Materie geſchiehet, aus welcher der ganze metallene Körper beſteht; letztere aber iſt ein Anlöten mit Bley. Jene hebt das Eigenthum desjenigen, welchem die angeſchweißte oder angeſchmiedete Sache gehörte, ganz auf, und es findet deswegen weiter keine Vindication, und folglich auch die actio ad exhibendum nicht Statt. Nur in dem letztern Falle iſt eine unverletzende Trennung möglich, welche durch die actio ad exhibendum gefordert werden kann. In dem erſtern hingegen iſt eine *actio in factum* anzuſtellen [66]).

Die actio ad exhibendum findet jedoch nicht nur gegen den wirklichen Inhaber der Sache Statt, ſondern auch gegen denjenigen, welcher durch ſeinen dolus verurſacht hat, daß die Sache nicht exhibirt werden kann. Denn dieſer wird wegen ſeiner Argliſt noch wie ein Beſitzer behandelt [67]).

L. 5.

66) *L.* 23. §. 5. *D. de rei vindicat.* Item quaecunque aliis iuncta, ſive adjecta, acceſſionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non poteſt: *ſed ad exhibendum agere poteſt, ut ſeparentur, et tunc vindicentur:* ſcilicet excepto eo, quod CASSIUS *de ferruminatione* ſcribit. Dicit enim, ſi ſtatuae ſuae ferruminatione iunctum brachium ſit, unitate maioris partis conſumi: et, quod ſemel alienum factum ſit, etiam ſi inde abruptum ſit, redire ad priorem dominum non poſſe. Non idem in eo, quod adplumbatum ſit: *quia feruminatio per eandem materiam facit confuſionem, plumbatura non idem efficit.* Ideoque in omnibus his caſibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio neceſſaria eſt. S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. ad Lib. VI. Pand. pag. 303.

67) Dolus pro poſſeſſione eſt. L. 131. *et L.* 150. *D. de div. reg. iuris.*

L. 5. C. h. t. Ad exhibendum actione non tantum eum, qui poſſidet, ſed etiam eum teneri *qui dolo fecit, quominus exhiberet*, merito tibi a non contemnendae auctoritatis Iurisconſulto *Modeſtino* reſponſum eſt.

L. 14. D. eodem. Si vir nummos ab uxore ſibi donatos, ſciens ſuos factos non eſſe, pro re emta dederit, *dolo malo fecit, quominus poſſideat*, et ideo ad exhibendum actione tenetur.

L. 9. §. 2. D. eod. Si quis rem fecit ad alium pervenire, videtur dolo feciſſe, quominus poſſideat: ſi modo hoc doloſe fecerit.

Wer hingegen weder ſelbſt beſitzt, noch argliſtig zu beſitzen aufgehört hat, haftet nicht ad exhibendum; jedoch kann zuweilen eine andere Klage Statt finden, wie aus folgender Stelle des Pomponius erhellet.

L. 15. D. h. t. Theſaurus meus in tuo fundo eſt, nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem, aut *ad exhibendum* eo nomine agere recte non poſſe me, *Labeo* ait: *quia neque poſſideres eum, neque dolo feceris, quominus poſſideres*, utpote cum fieri poſſit, ut neſcias, eum theſaurum in tuo fundo eſſe. Non eſſe autem iniquum, iuranti mihi, *non calumniae cauſa id poſtulare*, vel Interdictum, vel iudicium ita dari, ut ſi per me non ſtetit, quominus damni infecti tibi operis nomine caveatur, *ne vim facias mihi, quominus eum theſaurum effodiam, tollam, exportem.* Quodſi etiam furtivus iſte theſaurus eſt, etiam furti agi poteſt.

Es iſt hier von einem ſolchen Schatz die Rede, der in fremdem Eigenthum iſt. Das Wort *theſaurus* wird alſo hier im weitern Sinn für jede verborgene Sache von Werth genommen, mithin nicht, wie in der Lehre vom Erwerb des Eigenthums, wo ſich der Begriff von Schatz auf eine ſolche vergrabene Sache von Werth beſchränkt, welche durch die Länge der Zeit herrnlos geworden iſt [68]). Der Eigenthümer will nun ſeinen Schatz ausgraben und heben. Allein der Beſitzer des Grundſtücks, worin der Schatz vergraben iſt, leidet dieſes nicht. Was wird alſo jener für eine Klage anſtellen? Die actio furti paßt hier nicht, auch nicht die actio ad exhibendum. Denn jene ſetzt eine contrectatio fraudulenta voraus, und eine ſolche Contrectation iſt nicht denkbar, wenn nicht der Schatz ausgegraben und weggenommen wird [69]). Dies war aber hier von dem Eigenthümer des Grundſtücks nicht geſchehen. Die actio ad exhibendum hingegen hat darum nicht Statt, weil man eigentlich nicht ſagen kann, daß der Eigenthümer des Grundſtücks den Schatz beſitze, oder daß er denſelben argliſtig zu beſitzen aufgehört habe. Denn der Schatz macht keinen Theil des Grundſtücks aus, folglich wird er von dem Beſitzer des Grundſtücks nicht zugleich mit beſeſſen, ſondern dieſer muß noch beſonders um den Schatz wiſſen, und ihn ausgraben, wenn er den Beſitz deſſelben erwerben ſoll [70]). Nun iſt es ja leicht möglich, daß der Beſitzer des Grundſtücks

68) *L.* 31. §. 1. *D. de acquir, rer. dom.* S. Savigny Recht des Beſitzes §. 17. S. 207.

69) *L.* 3. §. 18. *D. de acquir. vel. amitt. poſſeſſione.*

70) *L.* 3. §. 3. *D. de acquir. vel. amit. poſſeſſ.* S. *Engelb. de* MAN Diſſ. de theſauro ad L. 3. §. 3. D. de acquir. poſſ. (in

ſtücks von dem in ſeinem Eigenthum verborgenen Schatz gar nichts weiß. Er kann alſo auch den Schatz weder vorzeigen, noch herausgeben, ohne ihn erſt auszugraben, oder ausgraben zu laſſen. Eine ſolche Bemühung oder den dazu erforderlichen Koſtenaufwand kann man ihm aber auf das bloße noch unerwieſene Vorgeben desjenigen, der den Schatz verlangt, nicht zumuthen. Er braucht aber auch nicht zu leiden, daß ein anderer in ſeinem Eigenthum gräbt. Könnte indeſſen der vermeintliche Eigenthümer des Schatzes ſein Intereſſe mittelſt Eides für Gefährde beſcheinigen, ſo iſt es der Billigkeit gemäß, ihm ein Interdict zu geſtatten, daß ihn der Beſitzer des Grundſtücks nicht hindere, den Schatz auszugraben, und an ſich zu nehmen, wenn er zuvörderſt Caution leiſten wird, daß er für allen Schaden ſtehen wolle [71]).

Aus allen erhellet alſo, daß die actio ad exhibendum zu den actionibus in rem ſcriptis gehört, welche gegen jeden Beſitzer angeſtellt werden können, ohne ſich auf ein dingliches Recht zu gründen.

Ob der Beklagte ſchon bey der Einlaſſung beſaß, oder von da an, bis zum Urtheil erſt den Beſitz erwarb, iſt gleichviel. Er kann doch noch condemnirt werden, wie **Ulpian** lehrt *L.* 7. §. 4. *D. h. t.*

Si

Ger. OELRICHS *Theſ. Diſſert. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XVII.) §. 28. pag. 368. ſqq. und von Savigny Recht des Beſitzes §. 17. S. 209. ff.

71) Man ſehe auch CUJACII Recitatt. ſolemn. ad Pand. h. t. ad L. 15. Theſaurus. (*Operum*. Tom. IV. P. I. pag. 654.)

Si quis non poſſideat litis conteſtatae tempore, ſed poſtea ante ſententiam poſſidere coeperit, oportere dici putamus, debere condemnari, niſi reſtituat.

Dagegen iſt aber auch der Beklagte frey zu ſprechen, wenn er im Laufe des Prozeſſes, ohne ſeine Schuld, den Beſitz verliert. Daß ihm bey dem verlohrnen Beſitz kein Dolus zur Laſt fällt, entſchuldigt ihn allein noch nicht; es darf ihm auch kein ungebührlicher Verzug zur Laſt liegen, wenn er von der Klage völlig entbunden werden will. So iſt die *L.* 7. §. 5. *D. h. t.* zu verſtehen, wo **Ulpian** ſagt:

Si quis, cum iudicii accepti tempore poſſideret, poſtea ſine dolo malo poſſidere deſierit, abſolvi eum oportet: *quamvis ſit*, inquit *Pomponius*, *quod ei imputetur, cur non ſtatim reſtituit, ſed paſſus eſt ſecum litem conteſtari.*

Noodt [72]) macht uns hier auf die beſondere Bedeutung des Worts *Quamvis* aufmerkſam, welches hier für niſi gebraucht wird, wie aus der Verbindung der *L.* 15. §. *ult. D. de Rei vindicat.* mit unſerer Stelle erhellet.

Auch **Cujaz** [73]) giebt hierüber folgende ſehr richtige Erklärung: *Quamvis*, ſagt er, hoc loco non adverſatur, ſed rem temperat: et quaſi emendat, ut in *L.* 2. §. 2. *D. de ſtipulat. praetor. L.* 75. §. 6. *D. de verbor. obligat.* Et ſenſus hic eſt, ut ſi, qui poſſidet litis conteſtatae tempore, habuerit iuſtam cauſam litigandi, et interim

 ſine

72) Commentar. ad Dig. h. t. §. Illud non ſilebo. *Operum* Tom. II. pag. 248.

73) Recitat. ſolemn. ad h. L. 7. §. *Si quis* (*Operum* Tom. IV. P. I. pag. 648.)

ſine dolo deſierit poſſidere, excuſetur. Sed ſi poſſit ei imputari, quod maluerit litigare, quam reſtituere, damnabitur *L.* 15. §. *ult. D. de rei vindicat.* Actum eſt ad exhibendum de homine adverſus poſſeſſorem hominis: homo mortuus eſt ante ſententiam ſine dolo poſſeſſoris. Damnabitur in id, quod intereſt, ſi poſſit ei imputari mora. Igitur in hac lege 7. cum dixiſſet, abſolvendum eſſe eum, recte adiicit emendationem: *Quamvis poſſit ei imputari*, id eſt, imputabitur ei mora litis, id eſt, ſi litigaverit improbe.

Daß es bey dem während des Prozeſſes verlohrnen Beſitz nicht blos auf den Dolus des Beklagten ankommt, ſondern daß auch eine bloße culpa denſelben verantwortlich macht, und zur Condemnation genügt, erhellet noch deutlicher aus folgender Stelle des Paulus.

L. 12. §. 4. *D. h. t.* Si poſt iudicium acceptum homo mortuus ſit, *quamvis ſine dolo malo et culpa poſſeſſoris*, tamen interdum tanti damnandus eſt, quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quo minus tunc, cum iudicium acciperetur, homo exhiberetur: *tanto magis, ſi apparebit, eo caſu mortuum eſſe, qui non incidiſſet, ſi tum exhibitus fuiſſet.*

Was jedoch hier noch vom Caſus geſagt iſt, der zuweilen präſtirt werden ſoll, geht beſonders auf den Fall, da der Kläger die Sache hätte veräußern können, und auch veräußert haben würde, wenn ſie der Beklagte gleich bey der Einlaſſung reſtituirt hätte, wie aus *L.* 15. §. 3. *D. de rei vindicatione* erhellet [74]). In dieſem Falle iſt jedoch nur der malae fidei poſſeſſor für den natürlichen Zufall der Sache verantwortlich. Denn der bonae fidei poſſeſſor ſteht auch während des Prozeſſes für keine Mortalität, wie ich ſchon an einem andern Orte [75]) ausführlicher gezeigt habe.

Hatte

74) S. POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XV., not. d. pag. 324.

75) S. des 8. Theils 1. Abth. §. 588. S. 235. ff.

Hatte der Beklagte im Laufe des Prozeſſes zwar den Beſitz verlohren, er hat aber denſelben nachher wieder erlangt, ſo behält der Prozeß ſeinen Fortgang, und der Beklagte kann verurtheilt werden, wenn er die Sache nicht herausgiebt.

L. 7. §. 6. D. h. t. Idem (*Pomponius*) ſcribit, ſi quis litis conteſtatae tempore poſſederit, deinde deſierit poſſidere, mox coeperit ſive ex eadem cauſa, ſive ex alia: condemnari eum oportere, niſi reſtituat.

Paulus [76]) bemerkt übrigens noch, daß auch ein filius familias ad exhibendum belangt werden kann, wenn er die Sache beſitzt. Dies iſt indeſſen nichts beſonderes. Denn daß Perſonen, welche auch noch unter väterlicher Gewalt ſind, wenn ſie gleich nicht ohne Einwilligung des Vaters vor Gericht als Kläger auftreten können, ſich dennoch in allen Sachen, wegen welcher ſie belangt worden ſind, vor Gericht ſtellen müſſen, ohne daß dazu die Einwilligung des Vaters erfordert wird, iſt ſchon längſt an einem andern Orte [77]) gezeigt worden. Allein merkwürdiger iſt, was Ulpian *L. 7. §. 3. D. h. t.* von Städten und andern moraliſchen Perſonen ſagt:

Item *municipes* ad exhibendum conveniri poſſunt: quia facultas eſt reſtituendi. Nam [78]) et poſſidere, et uſucapere eos poſſe conſtat. Idem et in collegiis, caeterisque corporibus dicendum erit.

Denn Korporationen können eigentlich, als juriſtiſche Perſonen, d. h. ſolche, die bloß durch eine juriſtiſche Fiction als Subjecte von Rechten betrachtet werden, durch ſich ſelbſt nicht beſitzen, weil ſie überhaupt nicht wollen können.

76) *L.* 12. §. 1. *D. h. t.* Et filiusfamilias ea actione tenetur, ſi facultatem rei exhibendae habet.

77) S. den 6. Th. §. 529. S. 463. f.

78) *Gerh.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 248. erklärt das Wort *Nam* durch *praeterea*, welches aber nicht nöthig iſt.

nen [79]). Allein durch Andere können ſie Beſitz erwerben, und durch diejenigen, welche auf ihren Namen beſitzen, werden ſie auch für fähig gehalten, die Sachen, auf deren Exhibition gegen ſie geklagt wird, zu reſtituiren [80]). Es gehört hierher, was Paulus und Ulpianus hierüber an einem andern Orte ſagen.

L. 1. §. *ult. D de acquir. vel amitt. poſſ.* Municipes per ſe nihil poſſidere poſſunt, quia uni conſentire non poſſunt. Sed *Nerva* filius ait, per ſervum, quae peculiariter acquiſierint, et poſſidere et uſucapere poſſe. Sed quidam contra putant: quoniam ipſos ſervos non poſſideant.

L. 2. *D. eodem.* Sed hoc iure utimur, ut et poſſidere et uſucapere municipes poſſint: idque eis et per ſervum, et per liberam perſonam acquiratur.

Noch iſt die Frage übrig, in wiefern die actio ad exhibendum auf die Erben gehe? Hierüber belehrt uns Paulus, wenn er ſagt *L.* 12. §. 6. *D. h. t.*

Heres, non quaſi heres, ſed *ſuo nomine* hac actione uti poteſt. Item heres poſſeſſoris *ſuo nomine* tenetur. Igitur non procedit quaerere, an heredi et in heredem danda ſit. Plane ex dolo defuncti danda eſt in heredem haec actio, *ſi locupletior hereditas eo nomine facta ſit:* veluti quod pretium rei conſecutus ſit.

Nach dieſer Lehre geht alſo die actio ad exhibendum in der Regel nicht auf die Erben, und ſie weicht eben hierin von der ſonſt gewöhnlichen Eigenſchaft der perſönlichen Klagen ab. Der Grund hiervon beruhet in der eigenen Natur dieſer Klage. Sie ſteht alſo

1) nicht dem Erben, als Erben, zu, ſondern dieſer klagt immer in eigenem Namen. Denn nur dem wird

79) S. von Savigny Recht des Beſitzes §. 21.

80) S. POTHIER Pandect. Juſtin. Tom. I. h. t. Nr. XVIII. Not. f. pag. 324.

wird die actio ad exhibendum gegeben, welchem in Rückſicht einer gewiſſen Hauptklage daran gelegen iſt, daß ihm eine Sache exhibirt werde. Nun iſt nicht immer dem Erben, als Erben, an der Exhibition gelegen. Man ſetze z. B. der Eigenthümer, welcher gegen den Beſitzer ſeiner Sache hätte ad exhibendum klagen können, ſey geſtorben, und habe zwey Erben hinterlaſſen, dem einem aber dieſe Sache prälegirt. Hier kann zwar dieſer gegen den Beſitzer ad exhibendum klagen, aber nicht als Erbe, ſondern weil ihm die Sache prälegirt iſt. Er kann alſo, als Eigenthümer, in eigenem Namen klagen, wenn er auch nicht Erbe wäre. Der andere Miterbe hingegen kann gar nicht klagen, weil er in Anſehung dieſer Sache gar nicht intereſſirt iſt. Auf gleiche Weiſe kann auch

2) die Klage nicht gegen den Erben des Beſitzers, als Erben, angeſtellt werden, weil es möglich iſt, daß der Erbe die Sache weder beſitzt, noch ſolche argliſtig zu beſitzen aufgehört hat. Hier fällt die Klage von ſelbſt weg, weil ſie nur gegen den Beſitzer Statt findet. Beſitzt hingegen der Erbe die Sache, ſo kann er zwar ad exhibendum belangt werden, allein er haftet nicht als Erbe, ſondern als Beſitzer [81]).

Zwey Fälle ſind jedoch auszunehmen, wo der Erbe, als Erbe, ad exhibendum verpflichtet iſt.

a) Wenn der Erblaſſer ſich argliſtig des Beſitzes entäußert hat, und die Erbſchaft dadurch bereichert worden iſt. Z. B. er hat die Sache verkauft, und der daraus gelößte Werth ſteckt in der Erbſchaft. Hier haftet der Erbe ex dolo defuncti. Dieſe Ausnahme führt **Paulus** in den letzten Worten des §. 6. der *L.* 12. *D. h. t.* ſelbſt an, womit noch *L.* 42. *D. de rei vindicat.* zu verbinden iſt. Denn beyde ſind *ex libro* 26. *Pauli ad Edictum* genommen [82]).

81) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Pandect. h. t. §. Indicavi. (*Operum* Tom. II. pag. 248.) und DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1179. ſq.

82) Daß der Erbe überhaupt ex dolo defuncti in ſo weit belangt werden kann, als er dadurch bereichert iſt, lehrt *L. un. Cod.*

b) Wenn die Klage bereits gegen den Erblaſſer war angeſtellt worden, in der Meinung, er ſey Beſitzer, ohnerachtet er wirklich die Sache weder beſaß, noch dieſelbe argliſtig zu beſitzen aufgehört hatte; und nun ſein Erbe die Sache wirklich beſitzt. Hier iſt der Erbe zur Exhibition verpflichtet, ohne eine neue Klage gegen ihn anſtellen zu dürfen. Dieſen Fall hat Julian, welcher *L.* 8. *D. h. t.* ſagt: Si ad exhibendum actum eſt cum eo, qui neque poſſidebat, neque dolo malo fecerat, quo minus poſſideret, deinde, eo defuncto, heres eius poſſidet rem, exhibere eam cogendus erit. Es erklärt ſich dieſe Ausnahme daraus von ſelbſt, weil der Erbe die Perſon des Erblaſſers vorſtellt, ja vermöge rechtlicher Fiction als eine Perſon mit ihm angeſehen wird [83]). Es iſt alſo hier eben ſo, als ob der Verſtorbene ſelbſt noch vor dem Endurtheil den Beſitz erlangt hätte, den er zur Zeit der Einlaſſung noch nicht hatte [84]).

§. 744.

Zweck der Klage. Wie und wo muß die Exhibition geſchehen? Folgen des Ungehorſams.

Der Zweck der Klage, worin zugleich auch die Wirkung derſelben liegt, geht zwar, inſofern ſie blos präparatoriſch iſt, nur auf Vorzeigung der Sache, um die in Anſehung derſelben zuſtehende Hauptklage anſtellen zu können. Denn dies heißt eigentlich *exhibere rem*, wie Paulus [85]) ſagt. Sie kann aber auch öfters die Reſtitution der Sache ſelbſt nach ſich ziehen, wenn nämlich der Beklagte nach geſchehener Exhibition ſich nicht getrauet, auf

Ex delicto defuncti in quantum heredes conveniantur. S. CUJACII Recitatt. ſolemn. ad Pand. Lib. X. L. 12. §. ult. D. h. t. Tom. IV. *Oper.* P. I. pag. 653. und NOODT Comm. ad Pandect. c. l.

83) *L.* 22. *D. de uſurpat. et uſucap.*

84) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad h. L. 8. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 469.

85) *L.* 2. *D. h. t.*

auf die Hauptklage ſich einzulaſſen [86]). Dieſem Zweck gemäß muß nun die Sache in dem Zuſtande exhibirt werden, worin ſie ſich bey der Einlaſſung auf die Klage befand [87]), folglich unverändert, und unverſchlimmert, nebſt Acceſſion und Früchten. Daher ſagt Ulpian *L. 9. §. 7. D. h. t.* Quia *cauſa* petitori in hac actione reſtituitur, SABINUS putavit, *partum* quoque reſtituendum: ſive praegnans fuerit mulier, ſive poſtea conceperit. Quam ſententiam et POMPONIUS probat; und Juſtinian fügt §. 3. *I. de officio iud.* noch hinzu: Praeterea *fructuum* medii temporis id eſt, eius, quod poſt acceptum ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam interceſſerit, rationem habere debet iudex. Dieſe Wirkungen der Reſtitution treten alſo nur dann ein, wenn es der Beklagte nicht auf die Hauptklage ankommen laſſen will, um deren willen auf Exhibition geklagt worden iſt. Denn giebt der Beklagte nicht nach, ſondern macht dem Kläger die Sache auch noch nach erfolgter Exhibition ſtreitig, ſo kann vor der Hand noch von keiner Reſtitution der Acceſſionen und Früchte die Rede ſeyn [88]). In dieſem Falle, da der Beklagte bereit iſt, ſich mit dem Kläger auf den Hauptſtreit einzulaſſen, muß er in Abſicht auf die Exhibitionsklage abſolvirt werden, ſobald die Sache exhibirt worden iſt, wenn auch die Sache deteriorirt ſeyn ſollte. Denn die Verfolgung des Rechts wird dadurch nicht gehindert, obwohl wegen des zugefügten Schadens ex Lege Aquilia oder actione in factum gegen den Beſitzer geklagt werden kann, wie folgende Geſetzſtellen lehren.

L. 17. D. h. t. Si quis hominem debilitatum exhibeat, vel eluscatum ad exhibendum quidem abſolvi debet; exhibuit enim, et nihil impedit directam actionem talis exhibitio: poterit tamen agere actor ex Lege Aquilia de hoc damno.

L. 7.

86) S. *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. §. Commoda externa. pag. 1181.

87) §. 3. *I. de offic. iud.* *L.* 9. §. 5. *D. h. t.*

88) DONELLUS c. l. und CUJACIUS in Recitat. ſolemnib. ad Pand. h. t. ad §. Quantum autem L. 9. Tom. IV. *Oper.* P. I. p. 650. ſq.

L. 7. C. eodem. Exhibitionis neceſſitate tenetur, qui facultatem habens, culpam, vel dolum, in explendo praecepto committit: ita ut ſi rem deteriorem exhibuit, aequitas exhibitionis perficiat, ut quamvis ad exhibendum agi non poſſit, in factum tamen actio contra eum detur.

Sind gewiſſe Vortheile deswegen verlohren gegangen, weil die Exhibition nicht zu rechter Zeit geſchahe, ſo müſſen auch dieſe erſetzt werden. Z. B. es iſt dadurch ein Vermächtniß, oder eine ganze Erbſchaft verlohren gegangen.

L. 9. §. 8. D. h. t. Praeterea utilitates, ſi quae amiſſae ſunt ob hoc, quod non exhibetur, vel tardius quid exhibetur, aeſtimandae a iudice ſunt. Et ideo *Neratius* ait, utilitatem actoris venire in aeſtimationem, non quanti res ſit: Quae utilitas, inquit, interdum *minoris* [89]) erit, quam res erit.

L. 10. D. eod. Si, optione intra certum tempus data, iudicium in id tempus extractum eſt, quo fruſtra exhibetur [90]), utilitas petitoris conſervetur. Quod ſi per heredem non ſtetit, quominus exhiberet tempore iudicii accipiendi, abſolvendus eſt heres.

L. 11. pr. D. eodem. Sed et ſi hereditas amiſſa ſit ob hoc, quod ſervus non exhibeatur, aequiſſimum eſt aeſtimari officio iudicis damnum hereditatis.

Kann

89) Der Erlanger Pandecten-Codex lieſet hier *maioris*, und nach Brenkmanns Bemerkung in dem Gebauerſchen Corp. iuris civ. ſollen, auſſer Haloander, auch alle Ausgaben ſo leſen. Von Baudoza kann ich dieſes ſelbſt bezeugen. Allein die Baſiliken Lib. XV. Tit. 4. Tom. II. pag. 237. beſtärken die florentiniſche Leſeart, wo es heißt: τὸ δὲ χρήσιμον ἔσθαὶ ἔστε ἦττον ἐςι τῦ πράγματος. i. e. *Utilitas autem interdum minoris eſt, quam res.* Hugo a Porta, Charondas, Ruſſardus, Pacius, Gothofredus und Simon van Leeuwen haben alle *minoris*.

90) Cod. Pand. Erlang. hat *exhiberetur*.

Kann die Sache aus einer gerechten Urſache vorjezt nicht exhibirt werden, z. B. weil ſie ſich anderswo befindet; ſo muß der Beklagte einſtweilen Caution leiſten, daß er ſie innerhalb einer vom Richter beſtimmten Zeit herbeyſchaffen wolle. **Paulus** ſagt: *L.* 12. §. 5. *D. h. t.* Si iuſta ex cauſa ſtatim exhiberi res non poſſit, iuſſu iudicis caveri debebit, *ſe illo die exhibiturum;* und im §. 3. *l. de officio iud.* heißt es: Quodſi neget reus, cum quo ad exhibendum actum eſt, in praeſenti ſe exhibere poſſe [91]), et tempus exhibendi cauſa petat, idque ſine fruſtratione poſtulare videatur: *dari ei debet, ut tamen caveat, ſe reſtituturum.*

Läßt ſich keine Zeit beſtimmen, z. B. der Sklave, auf deſſen Exhibition geklagt worden, iſt entlaufen, oder der Beſitzer hat ihn in die Fremde geſchickt; ſo leiſtet der Beklagte blos Caution, daß er die Sache exhibiren wolle, ſobald ſie wieder in ſeine Gewalt kommen würde. **Ulpian** ſagt: *L.* 5. §. *ult. D. h. t.* Item, ſi quis facultatem reſtituendi non habeat, licet poſſideat, tamen ad exhibendum non tenebitur: utputa, ſi in fuga ſervus ſit [92]), ad hoc plane ſolum tenebitur, ut caveat, *ſe exhibiturum, ſi in poteſtatem eius pervenerit* [93]) ſed et ſi non ſit in fuga, permiſeris autem ei, ubi velit morari, idem erit dicendum; aut peregre a te miſſus ſit, vel in praediis tuis agat, ad hoc ſolum teneberis, *ut caveas.*

Die

91) THEOPHILUS in Paraphr. I. graec. Lib. IV. Tit. 17. §. 3. p. 913. der Reitziſchen Ausgabe ſetzt hier zur Erläuterung hinzu: *διὰ τὸ τυχὸν ἐν ἑτέρῳ τόπῳ διακεῖσθαι τὸ πρᾶγμα.* i. e. *quia forte res in alio loco ſita eſt.*

92) Denn der Beſitz eines entflohenen Sklavens wurde ſo lange erhalten, bis ihn ein Anderer in Beſitz genommen hatte. *L.* 1. §. 14. *D. de acquir. vel amitt. poſſ.*

93) CUJACIUS Lib. XXII. Obſervation. cap. 30. in fin. ſchränkt dieſes auf den Fall ein: ut non niſi, ſi poſt litem conteſtatam reus ſine dolo malo rei exhibendae et reſtituendae facultatem habere deſierit, ad hoc teneatur, ut caveat, ſe rem exhibiturum, ſi rurſus in ſuam poteſtatem venerit, non etiam, ſi ante litem conteſtatam eam rem amiſerit, quam bona fide poſſidebat.

Die Exhibition geſchieht nun da, wo ſich die Sache zur Zeit der Litiscontestation befindet. Verlangt der Kläger, daß ſie an den Ort hingeſchafft werde, wo geklagt worden iſt, ſo geſchieht es auf ſeine Gefahr und Koſten, wofern nicht etwa die Sache argliſtiger Weiſe vom Beklagten weggeſchafft worden war. Hierher gehört die Stelle Ulpians *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* wo es heißt: *Quo* autem *loco* exhiberi rem oporteat, vel *cuius ſumtibus* videamus. Et LABEO ait, ibi exhibendum, *ubi fuerit, cum lis conteſtaretur: periculo et impendiis actoris perferendam perducendamve eo loci, ubi actum ſit.* Paſcere plane ſervum, veſtire, curare poſſeſſorem oportere ait. Ego autem arbitror, interdum etiam haec actorem agnoſcere oportere, ſi forte ipſe ſervus ex operis vel artificio ſuo ſolebat ſe exhibere, nunc vero cogitur vacare. Proinde et ſi apud officium fuerit depoſitus exhibendus, cibaria debebit agnoſcere, qui exhiberi deſideravit, ſi non ſolebat poſſeſſor ſervum paſcere: nam ſi ſolebat, ſicuti paſcit, ita et cibaria poteſt non recuſare. Interdum tamen eo loci exhiberi debet ſuis ſumtibus: ſi forte proponas, data opera eum in locum abditum res contuliſſe, ut actori incommodior eſſet exhibitio. *Nam in hunc caſum, ſuis ſumtibus et periculo, debebit exhiberi in eum locum, ubi agitur, ne ei calliditas ſua proſit.*

Hat der Beklagte die Sache gänzlich corrumpirt, oder ſie argliſtig aus ſeinem Beſitz geſchafft, oder die Geſtalt der Sache gänzlich verändert, und ſie in einen andern Körper verwandelt, oder ſonſt argliſtig die Rechtsverfolgung derſelben unmöglich gemacht, oder er verweigert hartnäckig die Reſtitution der Sache, und der Kläger iſt nicht geneigt, ihm dieſelbe abzwingen zu laſſen, ſo kann der Beklagte in dieſen Fällen zur Leiſtung des durch den Eid des Klägers auszumittelnden vollen Intereſſe verurtheilt werden, wie folgende Geſetzſtellen lehren.

L. 9. *pr. D. h. t.* Iulianus ſcribit, ſi quis hominem, quem poſſidebat, occiderit, ſive ad alium transtulerit poſſeſſionem, ſi ita rem corruperit, ne haberi poſſit,

poſſit, ad exhibendum tenebitur: quia dolo fecit, quominus poſſideret. Proinde et ſi vinum, vel oleum, vel quid aliud effuderit, vel confregerit, ad exhibendum tenebitur.

L. 9. §. 3. *eod.* Sed ſi quis rem deteriorem exhibuerit, aeque ad exhibendum eum teneri, SABINUS ait. Sed hoc ibi utique verum eſt, ſi dolo malo in aliud corpus res ſit translata: veluti, ſi ex ſcypho maſſa facta ſit. Quanquam enim maſſam exhibeat, ad exhibendum tenebitur: nam, mutata forma, prope interemit ſubſtantiam rei.

L. 12. §. 3. *D. eodem.* Si quis ex uvis meis muſtum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana veſtimenta, cum ſciret haec aliena eſſe: utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur: quia, quod ex re noſtra fit, noſtrum eſſe verius eſt [94]).

L. 3. §. 2. *D. h. t.* Praeterea, in hac actione notandum eſt, quod reus contumax *per in litem iusiurandum petitoris* damnari poſſit ei, *iudice quantitatem taxante* [95]).

Nach dem Römiſchen Rechte waren hier zwey Sentenzen nöthig, durch die erſte, welche arbitrium hieß, wurde dem Beklagten die Exhibition auferlegt, durch die letzte, oder das Definitivurtheil, wurde er zur Leiſtung des Intereſſe verurtheilt [96]). Denn die Klage gehörte zu den actionibus arbitrariis [97]).

Heut

94) S. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 247. und HUBERI Eunomia Rom. Lib. X. ad h. L. pag. 443.

95) S. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. XCII. Err. 5.

96) S. CUJACII Recitatt. ſolemn. ad Pand. ad §. Quantum autem L. 9. h. t. Tom. IV. P. I. *Oper.* pag. 650. in fin.

97) S. des 3. Th. 2. Abth. §. 275. S. 611.

Heut zu Tage kann, ſtatt dieſer Klage, wenn man mit ſelbiger nicht gleich die Hauptklage vereiniget, die Exhibition auch durch eine bloße Imploration gefordert werden, und der Richter kann den Imploranten, durch einen an denſelben erlaſſenen Befehl anhalten, die Sache dem Imploranten unverzüglich vorzuzeigen. Indeſſen ſtehen doch auch gegen einen ſolchen Befehl, oder gegen das Geſuch um einen ſolchen Befehl dem Imploranten alle diejenigen Einreden zu, die er bey der wirklichen Klage ad exhibendum vorſchützen kann [98]).

98) Man ſ. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1352.

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich <<
von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 11,1

Erlangen (1809)

J.rom.c. 407 b-11,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11129699-8
VD18 90261585